This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at http://books.google.com/

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

3 2044 103 200 036

HARVARD LAW LIBRARY

Received Oct 17, 1905

Germany 01

Gesammelte Aufsätze

I

Gesammelte Aufsätze

von

Dr. O. Bähr

Band I

Juristische Abhandlungen

Leipzig
Fr. Wilh. Grunow
1895

For TX
B/393 EC

Rec Oct, 17, 1905,

Dem Verfasser dieser Aufsätze ist vielfach von befreundeter Seite der Wunsch ausgesprochen worden, seine zahlreichen, an den verschiedensten Stellen zuerst veröffentlichten und deshalb schwer auffindbaren kleinern Schriften gesammelt zu sehen. Diesen Anregungen folgend, hat er selbst noch in den letzten Jahren seines Lebens aus jenen Schriften die nachfolgenden Aufsätze ausgewählt, zusammengestellt und zum nochmaligen Abdruck vorbereitet. Dabei hat er manche Anmerkung zu dem früher Geschriebnen hinzugefügt. Diese Anmerkungen sind durch eckige Klammern gekennzeichnet, auch zum Unterschied von den bereits in den ursprünglichen Aufsätzen enthaltenen mit Buchstaben, statt mit Zahlen, versehen.

Der erste Band umfaßt die juristischen Aufsätze, der zweite Band eine Reihe von Aufsätzen gemischten, insbesondre politischen und volkswirtschaftlichen Inhalts.

Möchte diese Sammlung, die von dem vielseitigen Interesse des Verfassers Zeugnis ablegt, dazu beitragen, seinem Wunsche, aufklärend und verbessernd zu wirken, in weitern Kreisen dauernde Geltung zu verschaffen.

Inhalt

	Seite
Über Irrungen im Kontrahieren	1
Verträge zu Gunsten Dritter und Schuldübernahme	52
Die Verpflichtung zur Rechnungsablage	116
Der Urkundenbeweis	160
Wohnsitzrecht und Heimatrecht	190
Die Grenzen der freien Beweistheorie	226
Die Beweislast in Betreff der Wahrheit oder der Unwahrheit bei Verantwortlichmachung wegen übler Nachrede	244
Der Prozeß Twesten	253
Eine Schranke für die Einrede der Wahrheit (Ein Rechtsfall)	266
Die Schutzlosigkeit der immateriellen Lebensgüter beim Schadenersatz	271
Die Entschädigung unschuldig Verurteilter	280
Höhere Gewalt	297
Mißbräuchliche Geschäfte	304
Der Gesetzentwurf über Abzahlungsgeschäfte	311
Der Schutz der Bauunternehmer bei Neubauten	316
Hat der Eigentümer einen Anspruch auf Schutz gegen Vervielfältigung eines ihm gehörigen Schrift- oder Kunstwerks?	326
Die Grenzen der Rechtsprechung	339
Der Eid und das religiöse Gewissen	348
Der Eid vor Gericht und die Vernehmung der Parteien als Zeugen	368
Eine neue Strafrechtswissenschaft	376
Die Ausbildung des Juristen	398
Der Wert der Präjudizien	427
Das richterliche Urteil und die Phrase	432
Das Studium des römischen Rechts nach Einführung des Zivilgesetzbuchs	446
Scherz und Ernst in der Jurisprudenz	453
Das Börsenspiel und die Gerichtspraxis	468
Der Gesetzentwurf zur Bekämpfung unlautern Wettbewerbs	484

Über Irrungen im Kontrahieren

[Unter dem Titel: Culpa in contrahendo oder „Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen" hatte Jhering im 4. Bande der von ihm herausgegebnen „Jahrbücher für Dogmatik des Rechts" einen Aufsatz veröffentlicht, worin eine bis dahin unbekannte Lehre aufgestellt war. So berechtigt auch die darin liegende Anregung war, so konnte ich doch in wesentlichen Beziehungen den Ergebnissen, zu denen Jhering gelangte, nicht beistimmen. Ich habe meine abweichenden Ansichten in zwei Aufsätzen entwickelt, von denen der erste (1863) im 6. Bande, der zweite (1875) im 14. Bande der gedachten Jahrbücher erschien. Ich lasse die beiden Aufsätze, unter Weglassung einiger einleitenden Worte, hier folgen.]

I

§ 1

Als Ausgangspunkt benutze ich den nämlichen Fall, den Jhering seiner Ausführung zu Grunde legt.

P geht in einen Laden, fragt nach Cigarren, sucht eine Sorte aus, erkundigt sich nach dem Preise und sagt: „Ich will für den bezeichneten Preis 4000 Stück Cigarren nehmen. Sie sind aber nicht für mich, sondern für meinen Freund N. Schicken Sie diesem doch die Cigarren und auch die Rechnung." „Sehr wohl," sagt der Kaufmann, und der Handel ist geschlossen. Wer ist nun obligiert?

Ich habe den Fall so gestellt, daß hier wenigstens, wie ich glaube, niemand zweifeln wird, P sei als Prokurator, nicht als „Bote" zu betrachten. Bekanntlich konstruierten nun die Römer das aus solcher Vertretung hervorgehende Obligationsverhältnis in der Weise, daß sie die Obligation zunächst als in der Person des Prokurator entstanden ansahen, jedoch

mittelst einer actio utilis die Verfolgung der Ansprüche daraus zwischen dem andern Kontrahenten und dem Auftraggeber des Prokurator geschehen ließen. Es wird darüber gestritten, ob diese Konstruktion noch für das heutige Recht anwendbar, ob nicht vielmehr das Obligationsverhältnis als unmittelbar zwischen dem Mandanten und dem Dritten begründet zu betrachten sei.

Die gestellte Frage läßt sich meines Erachtens nicht so entscheiden, daß man fragt: ob der Vertreter selbst kontrahieren oder nur den Willen seines Mandanten habe mitteilen wollen? Das scheint mir zu abstrakt gefragt. Was heißt denn: selbst kontrahieren? was: fremden Willen mitteilen? Im gewöhnlichen Sinne des Lebens kann man sehr wohl sagen: wer für einen andern abschließt, will nicht selbst kontrahieren, sondern nur fremden Willen mitteilen. Es ist unzweifelhaft, daß in dem obigen Falle P die Cigarren ebensowenig selbst haben als selbst bezahlen wollte. Damit aber dürfte die Frage nicht entschieden sein.

Vielmehr wird man sich fragen müssen, ob nicht an jenes Verhältnis sich rechtliche Folgen knüpfen, die wir auch noch heute als innere Rechtsnotwendigkeit anerkennen müssen, die aber befriedigend nur aus jener römisch-rechtlichen Auffassung zu konstruieren stehen. Solcher Folgen glaube ich vier[1]) anführen zu können; und aus diesem Grunde scheint es mir geboten, noch immer an der römischen Grundauffassung, die uns auf den ersten Blick als eine unnütze Künstelei erscheint, festzuhalten.

Es sind das folgende:

1. Soweit die Anfechtbarkeit eines Rechtsgeschäfts von einem bestimmten Wissen oder Nichtwissen abhängt, entscheidet in erster Linie die Wissenschaft des Stellvertreters.[2])

---

1) Ob es deren noch weitere giebt? — Ich wage nicht abzusprechen.

2) Vgl. l. 5 pr. D. de trib. act. (14, 4). l. 22 § 5 D. de liber. causa (40, 12). l. 51 D. de aedil. ed. (21, 1). Dazu Mühlenbruch, Cession § 13.

2. So lange der Auftraggeber sich zu dem Dritten, mit dem der Stellvertreter kontrahiert hat, nicht durch Kundgebung von seiner erlangten Wissenschaft und Genehmigung des Geschäfts in ein selbständiges Verhältnis gesetzt hat, muß er Verfügungen des Stellvertreters über dasselbe gegen sich gelten lassen.[3])

3. Der Mandatar kann aus dem namens des Mandanten abgeschlossenen Rechtsgeschäfte auch selbst von dem Dritten belangt werden, wenn er die Mittel zu dessen Befriedigung kraft des Mandats in Händen hat.

Ich unterlasse eine nähere Ausführung dieser Sätze, um sofort auf die vierte Folge überzugehen, die das hier speziell uns interessierende Verhältnis betrifft.

Wenn in dem obigen Falle der Kaufmann — wir wollen ihn A nennen — wegen Bezahlung der Cigarren den P angehen wollte, so würde dieser ihm mit Recht erwidern, daß er ja für N gekauft, und daß daher A an diesen sich zu halten habe. Selbst wenn N zahlungsunfähig wäre, würde doch P nicht in Anspruch genommen werden können. Gesetzt aber, auf Zusendung der Cigarren erklärte N dem A: „er habe dem P keinen Auftrag gegeben, für ihn Cigarren zu bestellen; die Cigarren ständen deshalb zu A.s Disposition." Wie nun? — A wird sich zunächst wieder an P wenden. Beharrt dieser

3) Ein Fruchtmakler hatte namens eines Frankfurter Handlungshauses mit einem Landwirt einen Handel über Frucht abgeschlossen. Einige Zeit nachher, da sich der Landwirt beklagte, daß der Frankfurter nichts von sich hören lasse, sagte der Fruchtmakler zu ihm: „Wenn der Frankfurter die Frucht binnen acht Tagen nicht abholt, so verkaufen Sie dieselbe weiter." Ein Abholen erfolgte nicht. Später aber klagte das Frankfurter Haus wider den Landwirt auf Lieferung der Frucht aus dem in seinem Namen geschlossenen Handel und setzte dem Einwand des Verklagten, daß ihn der Stellvertreter in gedachter Weise freigegeben, entgegen, daß dieser hierzu nicht ermächtigt gewesen sei. — Meines Erachtens war der Einwand begründet, und der Verklagte freizusprechen. (Das Gericht wies aus einem andern Grunde den Kläger ab.) Vgl. auch Seuffert, Archiv VII Nr. 278.

dabei, daß er von N Auftrag gehabt, dann muß allerdings A zunächst wider N klagen. Aber er wird begehren dürfen, daß P (als Litisdenunziat) am Streite teilnehme und dem N gegenüber den Beweis seines Auftrags erbringe. Gesetzt, P vermöchte das nicht, N schwöre z. B. den ihm über die Auftragserteilung zugeschobnen Eid verneinend aus, so hätte nun A dem N gegenüber kein Recht weiter. Hat er nun sein Recht aus dem Handel verloren? Muß er die Ware behalten und auf den Preis verzichten? Wahrlich nicht! Vielmehr hält er sich nun an P. Dieser hat ihm für die Wahrheit seines Auftrags einzustehen, dergestalt, daß, wenn sich sein Auftrag nicht dem N gegenüber bewahrheitet, der Handel auf ihn zurückfällt. P muß die Cigarren nehmen und bezahlen. Um ihn hierzu für verpflichtet zu halten, bedarf es nicht etwa des positiven Beweises, daß er keinen Auftrag gehabt und er diesen also (kulpos oder dolos) unwahr vorgegeben habe; es muß schon der Umstand genügen, daß er diesen Auftrag dem N gegenüber nicht erweisen konnte, mag er selbst auch versichern, wirklich Auftrag gehabt zu haben, ja möchte er selbst darüber dem A gegenüber positiven Beweis erbringen können. Das erfordert die Gerechtigkeit.

Die juristische Konstruktion des Verhältnisses ist aber, wie ich glaube, diese. Indem P für N kauft, entsteht die Obligation zunächst in der Person des P. Er will aber den materiellen Inhalt der Obligation von vornherein dem Dritten, N, zuwenden. Demgemäß überweist er durch Bezeichnung des N als desjenigen, den er vertreten wolle, diesem die actio emti zur eignen Verfolgung. Dem Verkäufer A aber tritt er zu dessen Befriedigung durch jene Bezeichnung die ihm selbst zustehende actio mandati contraria in dem Umfang der wider ihn begründeten actio venditi ab. Da A solches angenommen, so muß er sich zunächst an die abgetretene Klage halten. Zeigt sich diese aber wegen nicht erweisbaren Mandats rechtlich nicht realisierbar, so tritt nun die Kontraktsklage wider P

selbst wieder in Wirksamkeit; und sie (nicht etwa eine actio doli oder sonstige Klage) ist es, mittelst deren A den P in Anspruch nimmt.

Daß in dem Falle, wo N zwar zugesteht, dem P einen Auftrag gegeben zu haben, aber nur in einem geringern Umfange, für das nicht erweisbare Mehr des Auftrags ganz dasselbe gelten muß, scheint mir unzweifelhaft. Derjenige, der statt des ihm aufgetragnen $^1/_4$ Tausend 4 Tausend Cigarren bestellt, bestellt 3750 Stück ohne allen Auftrag.

§ 2

Ob sich die vorbezeichnete Haftbarkeit des P für die Wahrheit seines Mandats etwa noch in andrer Weise konstruieren läßt, auch wenn man den römischen Grundgedanken der primären Entstehung der Obligation in der Person des Prokurators über Bord wirft, will ich dahingestellt sein lassen. Jene Haftbarkeit selbst aber scheint mir so dringend durch die Natur der Sache geboten, daß ich mir in der That die Sache nicht anders denken kann.

Damit stimmen auch die neuern Gesetzgebungen überein.

Art. 95 der A. D. W.-O. — Wer eine Wechselerklärung als Bevollmächtigter eines andern unterzeichnet, ohne dazu Vollmacht zu haben, haftet persönlich in gleicher Weise, wie der angebliche Machthaber gehaftet haben würde, wenn die Vollmacht erteilt gewesen wäre.

Art. 55 des A. D. Handelsgesetzbuchs. — Wer ein Handelsgeschäft als Handlungsbevollmächtigter schließt, ohne Handlungsvollmacht erhalten zu haben, ingleichen ein Handlungsbevollmächtigter, der bei Abschluß eines Geschäfts seine Vollmacht überschreitet, ist dem Dritten persönlich verhaftet; der Dritte kann nach seiner Wahl ihn auf Schadensersatz oder Erfüllung belangen.

(Ausnahme, wenn der Dritte den Mangel der Vollmacht kannte.)

§ 789 des Bürgerl. G.-B. f. Sachsen. — Hat derjenige, der als Stellvertreter den Vertrag geschlossen, die Eigenschaft eines Stellvertreters nicht gehabt, oder seine Befugnisse als solcher überschritten, so haftet der Stellvertreter dem andern,

mit dem er den Vertrag geschlossen hat, nach Wahl des letztern entweder so, als ob er den Vertrag für seine Person geschlossen hätte, oder für Schadensersatz.

Wenn in den beiden letztern Gesetzen dem Dritten die Wahl gelassen wird, wider den falsus procurator statt auf Erfüllung auf Schadensersatz zu klagen, so hat das insofern eine Berechtigung, als unter Umständen — dann nämlich, wenn der Dritte sich die Übernahme des Kontrakts in Natur seitens des Prokurator, weil dadurch seine Interessen beeinträchtigt werden würden, nicht gefallen zu lassen braucht — dem Anspruch auf Erfüllung ein Anspruch auf Schadensersatz aushilfsweise zur Seite stehen muß. Wenn also A an P als Vertreter des N eine Ware verkauft hätte mit dreimonatlicher Kreditierung des Kaufpreises, und es ergäbe sich, daß P keinen Auftrag gehabt, so würde A dem P, wenn er ihn aus dem Geschäftsabschluß in Anspruch nähme, doch den mit Rücksicht auf die Person des N zugestandnen Kredit nicht zu gewähren brauchen. Da aber auch andrerseits P nicht genötigt werden kann, den Kauf anders, als wie er abgeschlossen worden, zu erfüllen, so muß nun dem A gestattet sein, statt Erfüllung des Vertrags in Natur das Erfüllungsinteresse von P in Anspruch zu nehmen. Das nämliche würde eintreten, wenn z. B. es sich um eine Leistung handelte, die ihrer Natur nach P gar nicht erfüllen könnte. Wo dagegen P ohne Verletzung der Interessen des A die Erfüllung des Vertrags in Natur übernehmen kann und will, da liegt kein Grund vor, dem A statt dessen einen Entschädigungsanspruch zu gestatten. Die Erfüllung des Vertrags in Natur ist für A immer die vollkommenste Entschädigung.[4]) Und insofern kann ich es nur für eine unvollkommne Rechtskonstruktion halten, wenn jene Ge-

4) Wenn also in dem oben erwähnten Falle P die verkaufte Ware übernehmen und unter Verzichtleistung auf den Kredit Zug um Zug bezahlen oder für den zu kreditierenden Preis volle Sicherheit leisten wollte, so würde es eine Ungerechtigkeit gegen P sein, wenn man A das Recht gäbe, statt hierauf einzugehen, eine Schadensersatzklage zu erheben.

setze die Wahl der Entschädigungsklage völlig in das Belieben des A zu stellen scheinen.[5])

Ingleichen scheint es mir nur ein unvollkommner Ausdruck des Rechtsgedankens, wenn jene Gesetze die prozessualische Seite der Sache unbeachtet lassen. Die Praxis wird diese jedenfalls supplieren müssen. Es ist rechtlich unmöglich, den A dergestalt zwischen zwei Stühle zu setzen, daß er wider N das Vorhandensein des Auftrags, wider P das Nichtvorhandensein desselben beweisen müßte. Vielmehr wird P den seinerseits nicht erweisbaren Auftrag als keinen Auftrag wider sich gelten lassen müssen.

Wenn also, wie ich glaube, der Prokurator, ganz unangesehen der Frage, ob er wirklich Auftrag gehabt hat, aus dem geschlossenen Handel schon dann haftet, wenn er den Auftrag nicht zu Gunsten seines Mitkontrahenten zu erweisen vermag: wie soll er nun etwa frei werden, wenn er sagt: „Ich habe allerdings keinen Auftrag gehabt, aber ich habe mich geirrt“? Wie kann der Irrtum ihn befreien? Ist er sich nicht bewußt gewesen, was er that? Mußte er nicht einsehen, daß er, indem er den Vertrag zustande brachte, eine dem Interesse dieses Vertrags gleichkommende Verantwortlichkeit übernahm? Er war allerdings, wenn er irrte, in dem Glauben, den Verkäufer mit dem ihm überwiesenen Anspruch wider seinen vermeintlichen Auftraggeber befriedigen zu können. Aber unterscheidet sich denn diese Lage von der eines Kaufmanns, der eine Ware auf eigne Rechnung bestellt, um sie einem Dritten zu überlassen, von dem er irrig eine Bestellung empfangen zu haben glaubt? — Man muß nur nicht Mitleidsgründe in die juristische Beurteilung hineinspielen lassen. Es kann vielleicht hart sein, wenn derjenige, der aus Gefälligkeit fremde Geschäfte übernimmt, einen hierbei begangnen Irrtum mit dem eignen Vermögen büßen soll. Aber wer das

5) Noch minder richtig ist es, wenn der Baiersche Entwurf Art. 710 dem falsus procurator gegenüber nur einen Anspruch auf Schadensersatz gewährt.

nicht will, übernehme doch keine fremden Geschäfte. Auch darf man das, was im Leben öfters aus Konnivenz geschieht, nicht mit dem Rechte verwechseln. Wenn ich für einen andern Waren bestellt habe und kurz darauf wieder in den Laden trete und sage: „ich habe mich geirrt, ich habe nur so und so viel bestellen sollen," so wird ein anständiger Kaufmann sich wahrscheinlich diese Berichtigung gefallen lassen. Dasselbe wird er aber auch thun, wenn ich die Waren in eignem Namen bestellt, kurz nachher aber wieder hereintrete und mit dem Bemerken, daß ich mich in den Aufzeichnungen meiner Frau verlesen, die Bestellung teilweise wieder zurücknehme. Das sind Rücksichtnahmen, deren sich ja auch die Geschäftswelt nicht entschlagen kann. Wer aber möchte behaupten, daß dies alles durch das Recht geboten sei?

§ 3

Das obige Beispiel habe ich so gestellt, daß es die von Ihering selbst (S. 54) angeführten Kriterien des „selbständigen Kontrahierens" — Auswahl der Ware und Akkordierung des Preises — an sich trug. Sind denn das aber wesentliche Dinge, um den Vertreter nicht als „bloßes Instrument," sondern als handelnde Person erscheinen zu lassen? Gesetzt, ich trete in einen Laden und sage: „Ich will hier 4000 Stück Cigarren von der und der Sorte zu dem und dem Preis bestellen; jedoch nicht für mich, sondern für meinen Freund N; schicken Sie ihm die Cigarren und die Rechnung." Habe ich nun etwa eine andre Stellung zu dem durch mich vermittelten Rechtsgeschäft? Soll ich weniger verantwortlich sein, wenn ich, ganz oder teilweise, ohne Auftrag gehandelt? Ist es nicht, wenn ich 3750 Stück über den Auftrag hinaus bestellt habe, rücksichtlich dieser ganz gleichgiltig, ob rücksichtlich der übrigen mir wirklich zu kaufen aufgetragnen 250 Stück N Sorte und Preis mir zu bestimmen überlassen, oder selbst bestimmt hatte?

So wie ich aber in diesem Falle nicht als Bote, sondern als für das Mandat verantwortlicher Prokurator dastehen

würde, so würde ich es auch, wenn ich mit folgenden Worten in den Laden träte: „Ich soll hier für meinen Freund N 4000 Stück Cigarren von der und der Sorte bestellen. Schicken Sie ihm doch u. s. w.“ Denn ob ich die Abschließung des Kontrakts voranstelle und die Erwähnung, daß derselbe für einen Dritten geschlossen werde, unmittelbar folgen lasse, oder ob ich von vornherein erkläre, für einen andern zu bestellen, das sind so unwesentliche Verschiedenheiten in der Redeform, daß gewiß kein Geschäftsmann nur daran denken wird, auf solche acht zu haben.

Hört aber auch der, der in letztgedachter Weise bestellt, nicht auf, Prokurator zu sein, so ist es um nichts weniger auch ein Diener, der seine „Bestellung“ etwa in folgende Worte einkleidet: „Eine Empfehlung von Herrn N, und ich sollte 4000 Stück Cigarren von der und der Sorte für ihn bestellen; Sie möchten sie ihm doch gefälligst mit der Rechnung zuschicken.“ Ich wüßte wenigstens keinen rechtlichen Unterschied zwischen dieser Bestellung des Dieners und der vorerwähnten des Freundes.

Mit einem Wort: Prokurator, nicht Bote, ist meines Erachtens derjenige, der dem Dritten in einer Weise gegenübertritt, wodurch er an den Tag legt, daß er durch seine Ausrichtung das Geschäft mit dem Bewußtsein von dessen Wesen und Bedeutung vermittle. Er muß sich folgeweise auch bewußt sein, daß er insoweit die Verantwortung dafür übernimmt, als es sich um die Frage handelt, ob und in welchem Umfang er Auftrag dazu habe. Nur dieses praktische Bewußtsein kann begehrt werden, um daran die theoretische Folge zu knüpfen, daß er als „zunächst für sich kontrahierend“ anzusehen sei. Eine jede andre Untersuchung, die die Frage, ob der Vermittelnde die Absicht gehabt habe, „selbständig zu kontrahieren,“ unmittelbar erforschen will, würde sich meiner Ansicht nach ins Bodenlose verlieren, da uns die Unmittelbarkeit des Begriffs des „Selbstkontrahierens“ in dem hier fraglichen Sinne völlig mangelt.

§ 4

Inwieweit Ihering von dieser Auffassung der Dinge abweicht, wage ich nicht mit Sicherheit zu bestimmen. Er behandelt zuvörderst die Frage, ob der „Stellvertreter im eigentlichen Sinne“ für den ohne Auftrag geschlossenen Kontrakt selbst hafte, als eine offne[6]) (S. 54 f.). Dem Begriff des „Boten“ aber, den er entschieden vom eignen Haften aus dem Kontrakte freigiebt, scheint er eine ungleich weitere Anwendung als ich zu geben; dergestalt, daß noch ein guter Teil derjenigen Mittelspersonen, die ich „Stellvertreter“ nenne, ihm als „Boten“ gelten.

So weit Iherings Bemerkungen (S. 5 u. 6) gegen die von mir angenommne Haftbarkeit solcher Mittelspersonen, die ich nach dem obigen noch „Stellvertreter“ nenne, gerichtet sind, haben dieselben mich nicht überzeugen können. Die von ihm vermißte theoretische Begründung liegt, jene Personen als „Stellvertreter“ vorausgesetzt, im römischen Recht. Über die praktische Angemessenheit läßt sich schwer streiten; das ist Gefühlssache. Aber es will mir keine Gerechtigkeit dünken, wenn der Besteller, der als vollbewußt handelndes Individuum dem Mitkontrahenten gegenübertrat, für sein Versehen frei ausgehen und die beiden andern Unschuldigen den Schaden unter sich teilen sollen. Wenn Ihering sagt: es hieße, statt der Person, die nach Absicht aller drei dabei thätigen Personen der eigentliche Kontrahent sein solle, zur Strafe eine andre substituieren, so möchte ich den Zweifel entgegenstellen, ob denn der Mandant wirklich die Absicht habe, über seinen Auftrag hinaus als Kontrahent zu gelten? Die Frage, ob man denn dem Vermieter statt des ihm ge-

6) Ihering sagt: es hängt davon ab, ob man den Stellvertreter als selbstkontrahierend, oder nur fremden Willen mitteilend ansieht. Ich glaube umgekehrt sagen zu müssen: weil der Stellvertreter für den ohne Auftrag geschlossenen Kontrakt notwendig selbst haften muß, muß man ihn auch als selbstkontrahierend ansehen. Non ex regula jus sumatur, sed ex jure, quod est, regula fiat.

nehmen Mandanten den „Boten“ als Mietsmann aufdringen dürfe, scheint mir nicht zuzutreffen. Denn es handelt sich ja hier zunächst nur darum, ob der Mittelsmann *seinerseits* zu haften habe, wobei die Frage, ob der Dritte auch seine Leistung in Natur demselben zu gewähren verpflichtet sei, davon abhängt, ob es ihm gleichgiltig sein kann, an wen er leistet.[7]) Der aufgeworfnen Frage, ob dem „Boten“ die Befugnis, einen sofort nach Abschluß des Kontrakts entdeckten Irrtum zu berichtigen, abgesprochen werden solle, kann ich nur mit dem, was ich oben über das Nichteinmischen von Mitleidsgründen sagte, und mit der Gegenfrage beantworten: wie lange denn jenes „sofort“ dauern soll?

Zur Klarstellung, um was es sich hier handelt, mögen noch folgende, auch von Ihering benutzte Beispiele dienen.

Gesetzt, ein auswärtiger Freund schreibt mir: „Bestellen Sie mir auf den Abend des 24. d. M., wo ich in Kassel übernachten werde, in dem und dem Gasthof die und die Zimmer.“ Ich will dies thun, verrechne mich aber im Datum, und bestelle „für Herrn N zu X“ die Zimmer statt auf Dienstag, den 24., schon auf Montag. Wäre ich nun bloßer „Bote,“ dann wäre, nach *Ihering*, der zwischen dem Wirt und meinem Freunde durch mich vermittelte Vertrag nichtig; ich selbst aber bliebe unangefochten; und nur mein Freund müßte dem Wirt das sogenannte „negative Interesse“ ersetzen, d. h. der Wirt bekäme die Zimmer für den Montag abend nur bezahlt, wenn *er* bewiese, daß er sie außerdem vermietet haben würde. Sollte das nun wirklich Rechtens sein? — Vielleicht wird mein Freund, wenn er den Vorfall hört, zu mir sagen: „Ich kann unmöglich zugeben, daß Sie für Ihre Gefälligkeit in Schaden kommen, und will die Sache schon arrangieren.“ Vielleicht sagt auch der Wirt, zumal wenn andern Tags die Zimmer genommen werden: „Die Sache hat ja gar nichts zu sagen.“ Aber fragt man mich: quid

7) Vgl. oben S. 6.

juris? so bin ich auch keinen Augenblick zweifelhaft, daß ich die Zimmer für Montag bezahlen muß, insofern ich nicht beweisen kann, daß sie der Wirt anderweit vermietet gehabt.[8])

Andrer Fall. Ein bis zur Willensunfähigkeit Betrunkner läßt durch den Kellner im Gasthof auf den andern Tag einen Wagen bestellen, den er nachher nicht nehmen will. Ihering (S. 62) erachtet hier gar keinen Kontrakt für abgeschlossen, will aber den Trunknen wegen culpa in contrahendo dem Kutscher für Schadensersatz haften lassen. Meiner Ansicht nach muß der Kellner den Kutscher bezahlen. Will der Kellner das nicht, so mag er dem Kutscher bei der Bestellung sagen, sein Auftraggeber sei so betrunken, daß er für dessen Haftbarkeit nicht einstehen könne. Damit weist er die Haftbarkeit von sich ab; und wenn der Kutscher der Bestellung dennoch Folge giebt, so thut er es auf eigne Gefahr. Hat dagegen der Kellner, ohne etwas von der Trunkenheit seines Auftraggebers zu sagen, den Wagen bestellt, so muß er auch dafür einstehen, daß der Kutscher jemanden findet, den er aus dem vom Kellner angenommnen und vollzognen Mandat verantwortlich machen kann.

§ 5

Aber wenn das Gebiet des für sein Mandat haftbaren Prokurator in diesem Umfange sich ausdehnt, wo beginnt dann, wird man mich fragen, das Gebiet des wirklichen „Boten," des nuncius, von dem ja auch in den Quellen gesagt wird, daß durch ihn ein Geschäft vermittelt werden könne.

Ich glaube, daß Ihering den Boten ganz recht definiert, wenn er ihn als „bloßes Instrument" des Absenders bezeichnet. Bote ist meistens Erachtens derjenige, der durch seine vermittelnde Thätigkeit ein Geschäft in einer Weise zustande bringt, die ihn dem Dritten gegenüber nicht als bewußten Träger des Geschäfts erscheinen läßt. Der Über-

8) Vgl. l. 19 § 9 u. 10 D. loc. cond. (19, 2).

bringer eines Briefes, deſſen Inhalt ein Geſchäft zum Abſchluß bringt, iſt Bote. Auch eine mündliche Ausrichtung läßt ſich als Botſchaft denken, wenn ſie in einem mechaniſchen Weitertragen von Worten beſteht. Für die Negotiation ganzer Geſchäfte wird jedoch ein ſolcher „Bote“ ſelten gebraucht werden, weil es weit ſchwieriger und unſicherer iſt, einen Menſchen mechaniſch zum Herſagen beſtimmter, den Abſchluß eines ganzen Rechtsgeſchäfts enthaltender Worte abzurichten, als ihm dieſen Abſchluß begrifflich aufzutragen (wodurch er Stellvertreter wird). Wohl aber kommt es öfters vor, daß man ſich einer mündlichen Botſchaft bedient, um ein bereits vorbereitetes Rechtsgeſchäft zu vollenden. Zum Beiſpiel: A und N ſchließen einen Fruchthandel dergeſtalt ab, daß ſie den Preis per Malter verabreden, N aber dem A noch ſagen laſſen will, wie viel Frucht er brauche. Sendet nun N ſeinen Knecht an A mit der Beſtellung: „er brauche 16 Malter Roggen und 10 Malter Weizen,“ ſo kommt damit der Vertrag zum Abſchluß, der Knecht aber iſt bloßer Bote. Denn er trägt nur einen Satz weiter, der an und für ſich gar nicht als Abſchluß eines Rechtsgeſchäfts ſich darſtellt.

Nun muß ich zugeben, daß auch ein ſolcher Bote ein Verſehen begehen kann, ohne daß er dadurch zum Stellvertreter wird. Der Knecht, dem N jene Beſtellung gab, kann die Fruchtgattungen verwechſeln und bei A beſtellen: „N brauche 10 Malter Roggen und 16 Malter Weizen.“ Wenn nun auf dieſe Weiſe ein Rechtsgeſchäft für den Dritten der äußern Erſcheinung nach zuſtande kommt, für das es doch an dem wirklichen Willen des Abſenders des Boten fehlt: ſo entſteht die Frage, was iſt Rechtens? Iſt jemand dem Dritten aus dem Vorgange haftbar? Und wer iſt haftbar, der Bote oder der Abſender? Und in welchem Maße?

Man könnte zunächſt daran denken, ob es denn nicht auch hier das Natürlichſte ſei, denjenigen haften zu laſſen, der das Verſehen begangen, alſo den Boten. Man könnte ſagen: haftet auch der Bote nicht, gleich dem Stellvertreter,

dem Dritten als formaler Träger des Kontrakts, so haftet er doch wohl dem Absender für richtige Erfüllung seiner Botschaft; und könnte nicht diese Klage (die actio mandati directa) dem Dritten utiliter (kraft fingierter Cession) gewährt werden?

In dieser Betrachtung scheint mir aber schon insofern eine Unrichtigkeit zu liegen, als unterstellt wird, der Bote hafte seinem Absender unbedingt für das Interesse.

Ich glaube, man muß beim Mandat (und wohl bei allen Kontrakten) die Grenze der Haftbarkeit so weit beschränken, daß der in Anspruch Genommne dieser Haftbarkeit bei Eingehung des Verhältnisses sich mindestens annähernd bewußt gewesen ist. Gesetzt, ein Bekannter giebt mir bei einer von mir unternommnen Reise einen Brief mit, um ihn am Ort meines Reiseziels abzugeben. Ich verliere unterwegs den Brief. Nun tritt jener auf und sagt: „In dem Brief war eine Banknote von 1000 Thalern; diesen Wert mußt du mir ersetzen.“ Darauf würde ich, ich glaube mit vollem Recht, erwidern: „Hättest du mir gleich anfangs gesagt, daß in dem Brief 1000 Thaler seien, so würde ich mich sehr besonnen haben, ob ich den Brief überhaupt mitnehme; hätte ich ihn aber dann mitgenommen, so würde ich ihn ganz anders verwahrt haben. Jetzt nachträglich für den verlornen Brief 1000 Thaler Ersatz zu begehren, während ich denselben für nichts mehr als einen einfachen Konversationsbrief zu halten berechtigt war, ist ganz ungerechtfertigt.“ [9])

Ebenso der Bote. In der Natur seines Mandats liegt es nicht, daß er wisse, um was es sich handelt. Die durch ihn weitergetragne Mitteilung zwischen N und A: „Er brauche 16 Malter Roggen u. s. w.“ kann ebenso gut eine ökonomische

9) Es entspricht daher auch der Natur der Sache, daß die Post für verloren gehende Briefe gar keinen, für verloren gehende Paketsendungen nur bis zu einem gewissen geringen Wertbetrage einen Ersatz leistet. Will jemand eine größere Haftbarkeit, so hat er den Wert anzugeben, wofür dann die Post ihre Taxe entsprechend erhöht.

Notiz als den Abschluß eines Rechtsgeschäfts enthalten. Alle möglichen Konsequenzen, die sich an die richtige Beförderung knüpfen können, braucht der Bote nicht zu vertreten.

Aber gesetzt, es bestände auch ein Anspruch des Absenders wider den Boten auf Schadensersatz wegen nicht richtiger Erfüllung des Auftrags (was meines Erachtens dann der Fall wäre, wenn der Absender den Boten über die Bedeutung seiner Botschaft unterrichtet hätte): so würde doch das Recht des Dritten auf Abtretung dieses Anspruchs immer wieder eine Verpflichtung des Absenders aus dem fraglichen Vorgange dem Dritten gegenüber voraussetzen. Und es entsteht also immer wieder die Frage: besteht eine solche Verpflichtung?

In dieser Beziehung befinde ich mich nun mit Ihering dahin in Übereinstimmung, daß der Absender für die Irrungen des Boten haften müsse, mindestens insoweit, daß von dem Dritten positiver Schaden abgewendet werde.

Wenn durch eine unrichtige „Bestellung" ein Schaden entstanden ist, so muß irgend einer der drei Beteiligten diesen Schaden tragen. Hart wird solcher in der Regel jeden derselben treffen. Die Frage kann daher nur die sein: wen trifft der Schaden am mindesten hart, weil am relativ gerechtesten? Nur auf diese Weise kann man zu dem Satze gelangen, daß für die Irrungen des Boten der Absender, so unschuldig er auch immerhin sein mag, zu haften habe. Dieser Satz bildet gewissermaßen nur das Residuum davon, daß es noch ungerechter sein würde, einem der beiden andern Beteiligten, den absolut unschuldigen Dritten, oder den nur als Werkzeug benutzten Boten, den Schaden tragen zu lassen. Deshalb muß aber, um zu jenem Satz zu gelangen, die letztere Voraussetzung auch wirklich vorliegen. Dies ist nun aber, wie mir scheint, durchaus nicht der Fall, wenn der „Besteller" als bewußter Träger des Rechtsgeschäfts dem Dritten gegenübertrat und so den Abschluß vermittelte. Denn hier erscheint dieser in erster Linie schuldig; und es ist auch

nicht ungerecht, den Dritten, in dessen Person der Schaden entstanden ist, unmittelbar an ihn zu verweisen, weil ja der Dritte mit ihm als Träger des Rechtsgeschäfts sich einließ und ihm sein Vertrauen schenkte. Der Satz, daß der Absender für die unrichtige „Botschaft" zu haften habe, bleibt daher, wie ich glaube, nur dann ein innerlich gerechter, wenn man den Begriff des Boten so eng faßt, wie ich gethan; während, wenn man in jedem „Besteller" einen Boten erblickt, für dessen Mandatsüberschreitungen der Auftraggeber zu haften habe, dies zu den bedenklichsten Konsequenzen führen möchte.

§ 6

Dem Boten (im engern Sinne) entspricht auf das vollkommenste der Dienst des Telegraphen. Der Telegraphist trägt das ihm Aufgetragne rein mechanisch weiter. Er hat nur Worte wiederzugeben, ohne sich mit dem Sinne zu beschäftigen. Und daher fällt die Haftbarkeit für das durch den Telegraphen in die Welt gesandte dem Absender zu, der sich dieses Werkzeugs bediente.

Neuerdings ist der Fall berühmt geworden, daß ein Kölner Haus O. einem Frankfurter W. den Auftrag geben wollte, eine namhafte Summe von Staatspapieren zu „verkaufen," der Telegraph aber statt dessen „zu kaufen" bestellte; und die gekauften Papiere bedeutend sanken. Wer hatte den Schaden nun zu tragen? — Alle, die bisher diesen Fall beurteilt, stimmen darin überein, daß dem Kölner dies obliege. Die Entscheidung des Landgerichts zu Köln, die Ansichten von Reyscher und Fuchs hat bereits Ihering (S. 106 f.) referiert. Seitdem hat auch E. J. Bekker (Jahrbuch des gem. deutschen Rechts Bd. IV S. 169 f.) von diesem Falle gehandelt. Er gelangt zu der Haftbarkeit des Kölner Hauses, indem er das Telegramm auflöst in ein Ersuchen, ein Mandat zu übernehmen, und in die Ausführungsordre. Das erstere sei nur nach Maßgabe dessen angenommen worden, was dem Frankfurter als Wille des Kölner habe erscheinen müssen;

und deshalb sei die der unrichtig telegraphierten Ausführungsordre entsprechende Ausführung dennoch als dem Mandat entsprechende Handlung anzusehen. Als praktischen Schluß aber fügt Bekker hinzu: „Es ergiebt sich hieraus, daß die hier vertretene Entscheidung durch das Wesen des Mandatsvertrags bedingt ist. Wäre also nicht die Ausführung des Aktienkaufs dem W. mandiert, sondern das Kaufgeschäft demselben direkt offeriert worden, so würde die Entscheidung eine andre sein müssen, falls in der Ausfertigung des Telegramms irrtümlich ein Verkauf statt eines Kaufs bezeichnet wäre. Alsdann wäre der zum Abschluß des Kaufes erforderliche Konsens nicht vorhanden gewesen." — Während die hier gegebne theoretische Begründung für die auch von Bekker adoptierte Entscheidung mir etwas künstlich erscheinen will, muß ich auch Bedenken tragen, dem schließlich gezognen praktischen Resultat — engste Beschränkung der Haftpflicht des Absenders auf den Fall des Mandats — beizustimmen. Denken wir uns, O. hätte an W. folgende Depesche aufgegeben:

„Offeriere, 100 Stück ..... Aktien à 97½ zu verkaufen. Antwort umgehend per Draht."

Durch Versehen beim Telegraphieren wäre aber statt „verkaufen" „kaufen" gesetzt. W. hätte sofort die Annahme zurücktelegraphiert und — um uns den Schaden vollkommen geschehen zu denken — bereits die Aktien auf der Börse seinerseits angekauft. Sollte nun nicht auch in diesem Falle der Kölner zu haften haben, dergestalt, daß er mindestens zu dem Einkaufspreise die Aktien annehmen oder, was dasselbe ist, die Kursdifferenz zwischen dem dermaligen Werte und diesem Einkaufspreise ersetzen müßte? Ich gestehe, ich vermag einen wesentlichen Unterschied zwischen diesem Falle und dem eines Mandats nicht begründet zu finden; und zwar um so weniger, als ja der Kommissionär das ihm aufgetragne Geschäft stets auch „mit sich selbst" abschließen kann,[10]) sodaß also das

10) Vgl. Art. 376 des A. D. H.-G.-B.

„Mandat“ zu kaufen oder zu verkaufen jederzeit auch eine entsprechende Kaufs- oder Verkaufsproposition in sich schließt.

Ihering gebührt das Verdienst, den Telegraphenfall in umfassender Verbindung mit der gesamten Lehre, von der er nur eine vereinzelte Erscheinung bildet, behandelt zu haben, indem er die Verpflichtung des Kölner auf dessen culpa in contrahendo zurückführt, während er (S. 21) annimmt, daß das darnach zu ersetzende „negative Interesse“ vorliegend mit dem positiven zusammenfalle. In dieser Beziehung noch folgende Frage. Gesetzt, der Frankfurter will von jener Befugnis, das Geschäft „mit sich selbst“ abzuschließen, Gebrauch machen, da er die Papiere liegen und sich bereits vorgenommen hatte, dieselben noch an der heutigen Börse zu verkaufen. Er telegraphiert zurück: „Ihr Auftrag ist vollzogen,“ hat aber in Wahrheit nichts gethan, als daß er die in seinem Besitz befindlichen Papiere zur Disposition des Kölner liegen läßt. Müßte er nun, nachdem der Irrtum zu Tage getreten, seinerseits beweisen, daß er, falls er das unrichtige Telegramm nicht erhalten hätte, die Papiere wirklich an jenem Tage verkauft haben würde? Es läge dies, wie mir scheint, in der Konsequenz des von J. aufgestellten Begriffs des „negativen Interesses.“ Gleichwohl würde damit dem Recht des Frankfurters, wie mir scheint, zu nahe getreten sein. Wie soll er beweisen, was er gethan haben würde, wenn vielleicht die Absicht, zu verkaufen, nur in seinem Kopfe lebte? Er könnte nur allenfalls den Eid zuschieben; womit sein Recht rein auf die größere oder geringere Skrupulosität des Gegners gestellt wäre. Überhaupt scheinen mir in der Schwierigkeit prozessualischer Realisierung der von Ihering seiner Konstruktion zu Grunde gelegten Begriffe einige nicht ganz leicht zu überwindende Bedenken wider diese Konstruktion selbst, auch vom legislatorischen Standpunkte aus, zu liegen.

Auch in folgender Beziehung dürfte die Annahme einer Verpflichtung zum Ersatz des sogenannten negativen Interesses jedenfalls nicht in strenger Konsequenz aufrecht zu er-

halten sein. Ihering geht davon aus, daß das negative Interesse in der Regel geringer sei als das Erfüllungsinteresse, ausnahmsweise aber auch mit diesem zusammenfalle. Jenes kann aber unter Umständen auch höher als dieses sich belaufen. Wenn der „irrig" bestellte Kutscher nachzuweisen vermag, daß ihm gleich darauf eine Fahrt übertragen werden sollte, die ihm das Doppelte eingetragen haben würde; wenn der Gastwirt, bei dem Zimmer „irrig" bestellt wurden, infolge der Bestellung eine Offerte von der Hand weisen mußte, bei der er das Dreifache verdient haben würde, so beträgt ihr Interesse, daß die unrichtige Bestellung nicht an sie gelangt wäre, das doppelte und das dreifache. Können sie nun dieses ersetzt begehren? — Sicherlich können beide niemals mehr fordern, als was ihnen kraft des für wahr angenommnen Kontrakts zukam.

II

§ 1

Es ist die gemeine Lehre, daß, wo zwischen Vertragschließenden eine Willensübereinstimmung nicht vorhanden gewesen, ein Vertrag nicht zustande gekommen, mithin auch Rechte und Pflichten zwischen ihnen nicht entstanden seien. Es soll dies namentlich gelten, wenn der eine Kontrahent einen höhern, der andre einen niedern Preis zu bedingen der Meinung war. Si decem tibi locem fundum, tu autem existimes quinque te conducere, nihil agitur. So sagt Pomponius in l. 52 D. locati (19, 2), und nichts scheint auf den ersten Blick natürlicher. Auch hat die Lehre noch ein besondres Schwergewicht dadurch bekommen, daß Savigny[1]) ausführte, in Fällen dieser Art (die er als Fälle des unechten Irrtums bezeichnet) komme es auf die Entschuldbarkeit des Irrtums gar nicht an, da ein solcher Irrtum vielmehr

1) System III S. 264. 444.

unbedingt den nur scheinbar zustande gekommnen Vertrag vernichte.

Sucht man sich aber die hier unterstellten Fälle ins Praktische zu übersetzen, so ergeben sich doch Schwierigkeiten. Die Kontrahenten kontrahieren ja nicht mit bloßen Gedanken, sondern mit Worten. Jeder Teil muß also doch dem, was er will, einen Ausdruck gegeben haben, und zwar einen solchen Ausdruck, von dem er glaubt, daß er über das, was er will, dem andern keinen Zweifel lasse. Wie kann es denn nun kommen, daß derjenige, der nur für fünf mieten will, glauben könne, seinem Willen einen entsprechenden Ausdruck gegeben zu haben, während der andre in gleichberechtigter Weise annimmt, seinerseits für zehn vermietet zu haben? Es ist dies nicht wohl anders denkbar, als daß der eine oder der andre Kontrahent für den Ausdruck seines Willens sich eines Mittels bedient, das diesen Willen in unrichtiger Weise wiedergiebt. Ist dies aber geschehen, dann entsteht die gewiß berechtigte Frage: soll denn derjenige, der im besten Glauben annahm und annehmen durfte, einen wirksamen Vertrag geschlossen zu haben, gar keine Rechte erlangt haben? Soll der andre, der sich jenes trüglichen Mittels des Willensausdrucks bediente, frei ausgehen, als wäre nichts vorgefallen?

Diese Fragen wurden zu wahrhaft brennenden durch einen bekannten vor mehreren Jahren eingetretenen Rechtsfall. Ein Kölner Haus hatte sich als Organs seines Willensausdrucks des Telegraphen bedient. Es hatte an ein Frankfurter Haus das Telegramm aufgegeben: „Verkaufen Sie 1600 Stück österreichische Kreditaktien zu .....“ Der Telegraph aber bestellt: „Kaufen Sie u. s. w.“ Demgemäß hatte der Frankfurter, statt verkauft, gekauft. Die Papiere waren erheblich gefallen. Wer sollte den Schaden tragen? Nach der obigen Lehre war gar kein Auftrag zustande gekommen. Der Kölner hatte nicht den Willen gehabt, den Frankfurter mit einem Ankauf zu beauftragen. Er hätte also frei ausgehen, der Frankfurter den Verlust auf sich nehmen müssen. Für das

natürliche Rechtsgefühl aber war es nicht wohl möglich, so zu entscheiden. Auch das Gericht entschied anders. Und nun wurde auch in einer Reihe von Abhandlungen die Verpflichtung des Kölners, wenn auch in sehr verschiedner Weise, theoretisch zu begründen gesucht.

Umfassender ergriff Ihering die Frage. Im lebendigen Gefühl der Ungerechtigkeit, die in der abstrakten Durchführung des Satzes liegt, daß, wo der Willen der Kontrahenten nicht übereingestimmt, eine Rechtsverpflichtung zwischen ihnen gar nicht entstanden sei, suchte er für Fälle der gedachten Art eine neue Theorie zu gewinnen. In seinem Aufsatze legte er folgendes dar. Daß in einem Falle der gedachten Art, wo der Wille nicht übereingestimmt, eine Vertragsverbindlichkeit nicht entstehe, sei außer Zweifel. Aber man müsse annehmen, daß gleichwohl jeder Teil verantwortlich sei für die culpa, kraft deren er scheinbar einen Vertrag hervorgerufen und dadurch den andern Teil getäuscht habe. Die aus dieser culpa hervorgehende Verpflichtung gehe jedoch nicht auf das positive Interesse, d. h. auf Erfüllung des Vertrags — denn dann würde ja der Scheinvertrag von einem wirklich zustande gekommnen Vertrag sich nicht unterscheiden —, sondern nur auf das negative Interesse, d. h. „auf Ersatz des Schadens, der dem unschuldigen Kontrahenten durch die Täuschung über das Zustandekommen des Vertrags erwachsen sei.“ Öfters freilich, sagt Ihering, wird dieses negative mit dem positiven Interesse zusammenfallen; so auch in dem obigen Telegraphenfall. Als Schuld aber ist es stets anzusehen, wenn jemand für seinen Willensausdruck ein unzuverlässiges Mittel gebraucht hat.

Diese Lehre hat das entschiedne Verdienst, daß sie die unverkennbaren Mängel der bestehenden Lehre aufweist. Sie hat auch auf den ersten Blick etwas sehr ansprechendes, indem sie die richtige Mitte zu halten scheint zwischen völliger Freigebung und allzu harter Belastung des relativ Schuldigen aber doch Nichtvollenden. Namhafte Rechtslehrer haben sich

der Lehre Iherings angeschlossen.[2]) Auch ist dieselbe hie und da in der Praxis befolgt worden.[3])

Gleichwohl hat diese Lehre, zumal in der ihr von Ihering durch zahlreiche Beispiele gegebnen Erläuterung, von Anfang an bei mir Bedenken erregt. Zunächst kam die Frage in Betracht, inwieweit Mittelspersonen, deren sich jemand zum Kontrahieren bedient, für Irrungen in der Ausführung eines solchen Auftrags haftbar gemacht werden können. In dieser Beziehung schien mir Ihering den Begriff des „Boten" in einem zu weiten Umfang zu erfassen. Hiergegen war mein früherer Aufsatz gerichtet. In der Annahme der Haftbarkeit dessen, der bei Abschließung eines Vertrags durch ein unzuverlässiges Mittel seinem Willen einen unrichtigen Ausdruck giebt, erklärte ich mich dagegen mit Ihering einverstanden. Nur ließ ich die Frage, wie diese Haftbarkeit sich begründe, damals offen. Veranlaßt durch einige praktische Fälle ist diese Frage von neuem bei mir angeregt worden, und ich will hier versuchen, auch in letztgedachter Richtung meine Ansicht näher darzulegen.

§ 2

Daß der Begriff der culpa in contrahendo und der damit in Zusammenhang gestellte Begriff des „negativen Interesses" keine sehr starke Grundlage in unsern Quellen findet, wird wohl von keiner Seite bestritten werden.

Ihering knüpft seine Ausführung an Stellen, die sagen, daß auch aus dem Verkauf einer dem Verkehr entzognen oder gar nicht existierenden Sache der Verkäufer

---

2) So namentlich Vangerow, Lehrbuch § 109 Anm. 1, und teilweise Windscheid, Pandekten § 307 Note 2 und § 315 Note 7. [Windscheid, dem es gewiß sehr schwer geworden war, sich den Ansichten Iherings anzuschließen, fühlte sich nun durch diesen Aufsatz von mir um so unangenehmer berührt. Er veröffentlichte bald darauf eine Studie: „Willen und Willenserklärung," worin er meinen Ansichten scharf entgegentrat. Auf die Einzelheiten dieser Studie werde ich später zurückkommen.]

3) Seuffert, Archiv Bd. 21 Nr. 29.

dem Käufer für das id quod interest hafte, wenn der letztere die Nichtleistbarkeit der Sache nicht gekannt habe. Indem er von einer „Nichtigkeit“ eines solchen Kaufes ausgeht, folgert er, daß hier nicht die „Giltigkeit,“ sondern die Ungiltigkeit des Vertrags als Klaggrund habe gelten, und daher der Interesseanspruch sich auf dasjenige habe beschränken müssen, was der getäuschte Kontrahent gehabt haben würde, wenn der Vertragsabschluß gar nicht stattgehabt hätte.

Indessen sind die Römer, wie mir scheint, nicht so abstrakt zu Werke gegangen, daß sie den Begriff der Nichtigkeit zum absoluten Ausgangspunkt genommen und darnach weiter operiert hätten. Der eine Jurist, der sich den Fall dachte, daß zwei Leute wissentlich eine res sacra oder religiosa unter einander verhandelt haben, stellte in Hinblick auf die daraus für keinen von beiden entstehende Verbindlichkeit vielleicht den Satz auf: emtio non tenet. Ein andrer betrachtete den Fall, wo der eine Teil unwissentlich eine solche Sache gekauft hatte; und in Hinblick darauf, daß dies doch für ihn einen Entschädigungsanspruch begründen müsse, sowie mit Anknüpfung an jenen früher gewonnenen Satz sagte er dann: licet emtio non teneat, ex emto tamen adversus venditorem experietur, ut id consequatur, quod interfuit ejus ne deciperetur;[4] d. h. man nahm für diesen Fall keine Unwirksamkeit, mithin überhaupt keine „Nichtigkeit“ an, insofern man unter letzterer eben die absolute Unwirksamkeit versteht. Aus dieser relativen Unwirksamkeit erläutern sich dann auch die Stellen, die bei dem Verkauf eines freien Menschen bald von dem Nichtbestande, bald von dem Bestande eines Kaufs reden (vgl. Ihering S. 63), und deren Zurückführung auf den Begriff der „Nichtigkeit,“ wie Ihering selbst nicht bestreiten wird, recht schwierig ist.

In der That glaube ich aber hierin kaum von Ihering abzuweichen, da auch er (S. 29) sagt, daß die „Nichtigkeit“

4) l. 62 § 1 D. de contrah. emt. (18, 1).

keine gänzliche, sondern nur eine relative Wirkungslosigkeit bedeute. Wenn er aber diese relative Nichtigkeit dahin bestimmt, daß die Eigenschaft einer res extra commercium „die Möglichkeit der Erfüllung" ausschließe, so möchte ich fragen, ob es nicht richtiger wäre zu sagen: daß jene Eigenschaft „die Möglichkeit der Erfüllung in Natur" ausschließe. Was aber hindert die Erfüllung mittelst des Interesses gerade so, wie solches aus jedem andern Kontrakt, der durch Verschulden eines Kontrahenten nicht in Natur zu erfüllen steht, gefordert werden darf?

Damit scheint mir die Hauptgrundlage zu fallen, mittelst deren Ihering das von ihm an die culpa in contrahendo geknüpfte „negative Interesse" konstruiert. Auch die Worte in l. 62 § 1 de contr. emt. und § 5 J. de emt. et vend. (3, 23):

> ut consequatur, quod sua interest, eum deceptum, non esse,

sind doch gewiß nicht so zweifellos in Bezeichnung jenes negativen Interesses, wie Ihering (S. 17) annimmt. Die Täuschung des unwissenden Käufers scheint mir darin zu bestehen, daß er den Gegenstand, den er kraft des Vertrags erlangen sollte, nicht bekommen kann. Dafür soll ihm das Interesse geleistet werden. Das scheinen mir auch die in § 5 J. cit. unmittelbar vorausgehenden Worte auszudrücken:

> habebit actionem ex emto, quod non habere ei licebat.

Für diese Anschauung spricht meines Erachtens auch die Analogie der Interesseleistung bei der Eviktion. Der Verkauf einer dem Verkehr überhaupt entzognen Sache dürfte mit dem Verkauf einer dem Verkäufer nicht zugehörigen Sache rechtlich die größte Ähnlichkeit haben. Auch hier haftet der Käufer für das Interesse. Nirgends aber finden wir bestimmt, daß hier nur das „negative Interesse" zu gewähren sei.[5])

---

5) Ob von einer erkauften Grundbesitzung ein Stück von der Gemeindebehörde als Teil eines angrenzenden Weges (res extra commercium),

Selbst aber unterstellt, es ließe sich für die von Ihering hervorgehobnen Fälle, wo der Vertrag wegen Unfähigkeit des Objekts „nichtig" ist, die Entschädigungspflicht als auf das sogenannte negative Interesse beschränkt nachweisen,[6]) so entsteht doch die Frage: würden denn diesen Fällen die andern von Ihering angereihten Fälle der Nichtigkeit wirklich gleichzustellen sein? Für jene Fälle bleibt als Grundlage der Kontraktsklage doch noch immer ein wirklicher Vertrag, d. h. eine Willenseinigung, der nur in gewisser Beziehung das Gesetz die Wirksamkeit versagt. Es ist durchaus nicht unlogisch, derselben in andrer Beziehung Wirksamkeit zu gestatten. Wie aber soll eine Kontraktsklage entstehen aus einem Vorgang, der deshalb als nichtiger Vertrag bezeichnet werden müßte, weil eine Willenseinigung überhaupt nicht stattgehabt? Eine emtio, von der der Jurist sagt: non tenet, ist doch noch immer ein Kaufgeschäft. Bei Kaufverhandlungen aber, die gar nicht zum Abschluß gekommen sind, wird kein Jurist sagen: emtio non tenet, sondern: emtio non est. Hier würde es sich um eine echte Nichtigkeit handeln. Wie hätte wohl ein römischer Richter, bei gleichzeitiger Annahme, daß ein Kauf wegen mangelnden consensus gar nicht zustande gekommen, die ihm in der Formel der Kontraktsklage gestellte

---

oder von dem Nachbar als zu seinem Hofraum gehörig in Anspruch genommen wird: das scheint mir für das Verhältnis zwischen Käufer und Verkäufer doch ganz einerlei zu sein. Ihering geht davon aus, eine res extra commercium lasse sich gar nicht schätzen. Als res extra commercium vielleicht nicht. Warum aber nicht so, wie sie vom Käufer gekauft ist, als res privata, d. h. unter Absehen von ihrer extrakommerziellen Eigenschaft?

6) Die obigen kurzen Bemerkungen sollen in der That nicht eine vollständige Entgegnung auf die von Ihering mit glänzendem Scharfsinn ausgeführten Quellendeduktionen sein. Ich habe mich kurz gefaßt, weil ich meine, die Hauptkraft der beiderseitigen Gründe liege überhaupt nicht in der Argumentation aus den Quellen. Übrigens wird von den Stellen, die den Verkauf einer nicht existierenden Erbschaft behandeln, noch unten (§ 5) kurz die Rede sein.

Frage: si paret, Aum Aum rem — emisse, bejahen können? Um es kurz zu sagen: die ganze Lehre von dem negativen Interesse, das zu dem Erfüllungsinteresse in einem Gegensatz stehen soll, halte ich für eine Erfindung Iherings, die in den Quellen keine Grundlage hat.

§ 3

Meiner Ansicht nach dürfte die Aufgabe, die Ihering sich gestellt hat, in andrer Weise zu lösen sein. Der Satz, daß, wo kein geeinigter Wille vorhanden gewesen, kein Vertrag zustande gekommen sei, hat, wenn wir dabei lediglich den innern Willen als entscheidend ansehen wollen, keine volle Berechtigung. Neben dem auf das Ziel des Vertrags gerichteten innern Willen kommt doch auch noch in Betracht, daß jeder Kontrahierende sich sagen muß, daß sein innerer Willen von dem Gegenüberstehenden nur nach der äußern Erscheinung dieses Willens bemessen werden kann, und daß er, indem er den Gegenüberstehenden veranlaßt, auf Grund dieser äußern Erscheinung seines Willens ein Rechtsverhältnis einzugehen, auch in diese äußere Erscheinung seines Willens als für dieses Rechtsverhältnis maßgebend einwilligt. Kraft dieses Moments sind wir berechtigt und zum Schutz des bona fide-Verkehrs geradezu genötigt, den Begriff des Willens als Bedingung der Verpflichtung weniger innerlich aufzufassen, vielmehr die Annahme des Willens, sei es selbst mittelst einer Fiktion, unter Umständen schon an die äußere Erscheinung desselben zu knüpfen. Wir gelangen so zu dem Satze: wer beim Kontrahieren in einer ihm zuzurechnenden Weise die äußere Erscheinung seines Willens hervorruft, sodaß der ihm Gegenüberstehende bona fide Rechte daraus erlangt zu haben glaubt und glauben darf, wird mit seiner Behauptung, daß ihm in Wirklichkeit der entsprechende Wille gefehlt habe, gar nicht gehört. Er haftet aus der äußern Erscheinung seines Willens gerade so, als ob er wirklich gewollt habe.

Ob übrigens nicht dieſer Haftbarkeit doch eine Beſchränkung beigefügt werden könne, die die Fiktion des Willens minder hart erſcheinen ließe und der Anſicht Iherings wieder näher führen würde, davon wird noch am Schluſſe die Rede ſein.

Der ſoeben aufgeſtellte Satz iſt zwar nirgends in unſern Quellen allgemein ausgeſprochen. Gleichwohl iſt der Gedanke den Römern nicht fremd; und er liegt ſo tief in der Natur der Sache, daß wir tagtäglich, wenn auch vielleicht unbewußt, davon Gebrauch machen.

Ich will zunächſt eine Anzahl Anwendungsfälle jenes Satzes aufſtellen, die teils im römiſchen Recht ausdrücklich anerkannt ſind, teils ſo ſehr in der Natur der Dinge liegen, daß wohl niemand ſich ihrer Anerkennung verſchließen wird.

1. Es ſei zuvörderſt an die Fälle erinnert, wo das durch Tod oder Widerruf des Mandanten erledigte Mandat zu Gunſten eines Dritten, der bona fide an den Mandaten bezahlt hat, als fortbeſtehend angenommen wird.[7]) Durch die Mandatserteilung hat der Mandant ſeinen Willen in äußere Erſcheinung geſetzt. Bedingung der andauernden Wirkſamkeit dieſes Willens iſt freilich deſſen Fortdauer. Iſt dieſe durch Tod oder Widerruf des Mandanten unterbrochen, ſo wird damit jene äußere Erſcheinung zu einer leeren, des wahren Willens entbehrenden. Wenn nun gleichwohl zu Gunſten des unwiſſenden Dritten der äußern Erſcheinung fortdauernde Wirkſamkeit beigemeſſen wird, ſo wird damit ein Willen, der in der That nicht vorhanden iſt, fingiert.

2. Der Geſchäftsherr ſpricht durch die Beſtellung jemandes zum institor ſeinen Willen aus, daß derſelbe ihn innerhalb des ihm übertragnen Geſchäftsbetriebs zu verpflichten berechtigt ſei. Beſchränkungen oder Rücknahmen dieſer Ermächtigung werden nur berückſichtigt, wenn und ſo lange ſie gehörig

---

7) l. 26 § 1 D. mand. 17, 1 l. 12 § 2. l. 34 § 3 l. 51 D. de volut. 46, 3.

zur öffentlichen Kunde gebracht sind. Wo dies fehlt, wird der Willen des Geschäftsherrn als fortdauernd fingiert.[8])

Diesen römischen Fällen analog sind folgende unsers heutigen Rechtsverkehrs.

3. Wer jemandem eine Vollmacht zu einem nur allgemein bezeichneten Geschäfte (z. B. zur Prozeßführung, zur Abschließung eines Vergleichs) ausstellt, muß die nach dieser Vollmacht vorgenommnen Handlungen seines Bevollmächtigten gegen sich gelten lassen, sollten diese auch der ihm daneben gegebnen Instruktion nicht entsprechen.[a]

4. Wer mit einer öffentlichen Anstalt kontrahiert, die die Bedingungen ihrer Vertragsschließung in Statuten, Regulativen, oder auch in den von ihr ausgegebnen Urkunden, Billetten u. s. w. veröffentlicht hat, ist an diese Bedingungen gebunden, sollte er auch die Veröffentlichung nicht gekannt und hiernach in dem Glauben gestanden haben, auf andre Bedingungen hin zu kontrahieren. Seine Einwilligung wird fingiert.

5. Bei öffentlichen Versteigerungen ist es üblich, die gestellten besondern Verkaufsbedingungen durch Vorlesen vor Beginn der Versteigerung bekannt zu machen. Wenn nun jemand erst später hinzukommt und mitbietet, so kann er sich gleichwohl nicht darauf berufen, daß er die Verkaufsbedingungen nicht gekannt.

6. Wer eine Urkunde unterschreibt, eignet sich deren Inhalt an. Mit dem Einwand, er habe dieselbe oder einzelne Stellen darin nicht gelesen und nicht gekannt, wird er gar

---

8) l. 11 § 2—5 D. de inst. act.

[a. Den hier aufgestellten Satz hielt ich für unbestreitbar. Windscheid aber erklärt ihn für bloße „Behauptung." Nicht Erfüllung, sondern nur Ersatz für eine Aufopferung könne der andre Kontrahent verlangen. Allerdings die richtig gezogne Folge aus der Iheringschen Lehre! — In ihren Nekrologen führen aber sowohl Kohler als auch Eck gerade diesen Ausspruch Windscheids als ein merkwürdiges Beispiel seiner unpraktischen Richtung an.]

nicht gehört. Seine Einwilligung in den Inhalt der Urkunde, auch wenn diese Einwilligung nicht in Wahrheit vorhanden sein sollte, wird fingiert.[9]) Nur in der Weise läßt sich ein Einwand begründen, daß der Unterzeichner der Urkunde nachweist, er sei über den Inhalt des Schriftstücks, das er unterzeichnet, getäuscht worden; wobei dann aber wieder die Frage entsteht, inwieweit dieser Einwand zugleich Dritten gegenüber wirksam sei.

Von noch mehr prinzipieller Bedeutung sind folgende Fälle.

7. Wenn jemand äußerlich einen Vertrag einginge, daneben aber hinter dem Rücken seines Mitkontrahenten sich die bündigsten Beweise bewahrte (z. B. vor Notar und Zeugen erklärte), daß das gar nicht sein Wille sei: so würde er nichtsdestoweniger aus dem Vertrage haften.[10]) Die Zulassung der Einreden der Simulation und des Scherzes hat nicht die Bedeutung, daß ein Teil geltend machen könnte, er allein habe simuliert oder gescherzt; sondern nur die, daß beide sich bewußt gewesen, der in die äußere Erscheinung gesetzte Vertrag habe in Wahrheit nicht gelten sollen, sei nur ein Scherz gewesen. — Ließe man dagegen die Innerlichkeit des Willens entscheiden, so müßte man auch hier sagen: um den Vertrag als nichtig zu erkennen, genügt es, daß ein Teil erwiesenermaßen zu dem abgeschlossenen Vertrag keinen innerlichen Willen mitgebracht, daß er seinerseits nur gescherzt habe; gerade so, wie es ohne Zweifel für die Nichtigkeit eines Vertrags genügt, wenn bewiesen wird, daß ein Kontrahent wahnsinnig gewesen. Mit jenem Beweise wäre dargethan, daß eine Willensübereinstimmung nicht vorhanden gewesen; und der Scherzende würde daher gar nicht oder nur etwa wegen culpa in contrahendo für das „negative Interesse“ haften. Ist dem nun wirklich so? Ich berufe mich auf das, was

---

9) Vgl. die Entsch. bei Seuffert, Arch. Bd. 8 Nr. 26. Bd. 14 Nr. 16. Bd. 24 Nr. 230. Bd. 29 Nr. 229.

10) Vgl. Savigny, Syst. III S. 258.

Ihering, dank seinem praktischen Sinne, selbst ausspricht (S. 74): daß wenn der eine Kontrahent nach den obwaltenden Umständen den Mangel ernstlichen Willens seines Mitkontrahenten nicht habe erkennen können, die Einrede des Scherzes gar nicht zuzulassen sei; d. h. also, daß der heimlich Scherzende gerade so aus dem äußerlich abgeschlossenen Vertrage hafte, als habe er gar nicht gescherzt. Warum aber? Ihering führt keinen Grund an. Er beruft sich nur darauf, daß hier derselbe Gesichtspunkt gelten müsse wie bei der Interpretation von Verträgen. Davon wollen wir gleich reden.

8. Interpretationsfragen sind Willensfragen. Wenn jemand, der auf Grund einer Vertragsbestimmung in Anspruch genommen wird, geltend macht, dieselbe sei anders zu verstehen, so heißt das: es hat, wenn auch jene Bestimmung ihrem Wortlaut nach im Sinn des Gegners verstanden werden könnte, in Wahrheit doch der Wille gefehlt, daß sie das bedeuten solle. Wessen Wille nun? Entschiede die Übereinstimmung des beiderseitigen innern Willens über die Geltung des Vertrags, so müßte es genügen, daß derjenige, der die in Anspruch genommnen Verbindlichkeiten ablehnte, nachwiese, daß sein Willen ein andrer gewesen; daß er sich zu dem jetzt Beanspruchten nicht habe verpflichten wollen. Was daneben der andre gewollt, darauf käme nichts an. Denn entweder hätte der andre das nämliche gewollt; dann gälte der Vertrag in diesem Sinne. Oder jener hätte etwas andres gewollt; dann wäre der Vertrag wegen mangelnder Übereinstimmung des Willens nichtig; und ein Anspruch auf Erfüllung könnte nicht erhoben, sondern nur etwa Entschädigung wegen culpa in contrahendo begehrt werden. Es müßte daher dem die Verbindlichkeit aus dem Vertrage ablehnenden gestattet sein, auch dem Gegner völlig unbekannt gebliebne Thatsachen und Umstände in Bezug zu nehmen, die an den Tag legten, daß er einen entsprechenden Willen nicht gehabt habe. Ist das nun wirklich Rechtens? — Ihering

ſagt (S. 72): „Die logiſche Interpretation beruht darauf, daß der wahre Willensinhalt erkennbar iſt und wie vom Richter, ſo auch vom andern Teil hätte erkannt werden können und müſſen. Der Richter darf ſolche Thatſachen und Umſtände, die zwar den wirklichen Willen des Redenden außer Zweifel ſetzen, aber dem Gegenteil nicht bekannt waren oder zu ſein brauchten, nicht berückſichtigen; er hat mit andern Worten nicht die Frage zu entſcheiden: was war der wirkliche Sinn der Erklärung des Redenden, ſondern wie mußte der Gegner nach den ihm vorliegenden Umſtänden ſie auffaſſen.“ Das unterſchreibe ich Wort für Wort. Aber liegt denn darin nicht wiederum eine Anerkennung des von mir oben hingeſtellten Prinzips? Wenn der Richter dem einen Kontrahenten ſagt: „Ich kann deiner Erklärung nur den Sinn zu Grunde legen, der ſich aus der Objektivität der Thatſachen und Umſtände ergiebt,“ ſo heißt das doch wohl nichts andres als: „Magſt du gewollt haben oder nicht, dein Willen wird nach der äußern Erſcheinung desſelben angenommen, mithin, ſoweit er nicht wirklich vorhanden geweſen, fingiert.“ Auch hier zeigt es ſich alſo, daß die praktiſche Durchführung der Lehre Iherings zu unerträglichen Mißſtänden führen würde. — Selbſtverſtändlich verliert die prinzipielle Bedeutung dieſer bei der logiſchen Interpretation allgemein angenommnen Grundſätze dadurch nicht das geringſte an Gewicht, daß derjenige, zu deſſen Ungunſten in dieſer Weiſe interpretiert wird, zugeſteht, überhaupt etwas gewollt zu haben. Denn die Beurteilung des Umfanges (der teilweiſen Exiſtenz) des Willens beruht auf keinen andern Grundſätzen wie die der Exiſtenz überhaupt.

Wenn die Römer, die bei der Auslegung der Verträge unzweifelhaft von den nämlichen Geſichtspunkten ausgingen, dies nicht klar ausſprachen, ſo ſind dafür zwei Gründe vorhanden. Einmal fiel die Unterſuchung der Frage, ob und inwieweit neben der vorhandnen äußern Erſcheinung des Willens ein entgegengeſetzter innerer Willen zu berückſichtigen ſei, dem

Verfahren in judicio anheim; sie war im Sinn des römischen Prozesses eine „Beweisfrage," und Fragen dieser Art finden wir überhaupt seltener erörtert. Sodann waren die Römer gewiß nicht so skrupulös, da, wo eine genugsame äußere Erscheinung des Willens vorlag, überhaupt den Gedanken an einen davon abweichenden innern Willen aufkommen zu lassen. Als praktische Leute ignorierten sie diese Innerlichkeit und waren sich daher der in der objektiven Beurteilung liegenden eventuellen Fiktion kaum bewußt; gerade so wie unsre Praxis, die alle Tage jene Grundsätze anwendet, sich derselben kaum bewußt ist.

§ 4

Was nun den nähern Ausbau des von mir aufgestellten Prinzips anlangt, so kann ich mir in dieser Beziehung die von Ihering aufgestellten Lehren fast ganz aneignen.

Es kommt einerseits darauf an, daß derjenige, der aus der äußern Erscheinung des gegnerischen Willens Rechte ableitet, bei der Annahme, daß der Wille des Gegners dieser äußern Erscheinung wirklich entspreche, *ohne jedes Verschulden* sei; und namentlich ist hier wohl zu beachten, was Ihering (S. 82), wie ich glaube sehr richtig, bemerkt, daß, wo schon irgend ein äußerer Umstand es zweifelhaft machte, ob der wirkliche Wille der äußern Willenserklärung entspreche (wo also die Irrtümlichkeit des Willensausdrucks gewissermaßen schon objektiv geworden ist), es nicht gerechtfertigt sein würde, den Erklärenden an der äußern Erscheinung seines Willens festzuhalten. Mit andern Worten: die Fiktion des Willens des einen findet nur statt zu Gunsten des *guten Glaubens* des andern. Und dieser gute Glauben darf nicht auf ein eignes Verschulden zurückzuführen sein.

Dem Erklärenden selbst aber muß umgekehrt die äußere Erscheinung seines Willens *zuzurechnen* sein, ohne daß es freilich auf ein eigentliches Verschulden im gewöhnlichen Sinne ankommt. In dieser letztern Beziehung kann ich wiederum

auf die vortreffliche Ausführung Iherings (S. 35 f.) über den relativen Begriff der culpa in Vertragsverhältniſſen Bezug nehmen.[11]) Der leitende Gedanke ſcheint mir der: mag auch der Erklärende relativ ſehr unſchuldig ſein, ſo iſt doch der ihm Gegenüberſtehende noch weit unſchuldiger; und dies muß dahin führen, jenem den Nachteil zur Laſt zu ſetzen.

Wo die bezeichneten Vorausſetzungen vorliegen, da müſſen wir meines Erachtens auch über die ſpeziellen Fälle des römiſchen Rechts hinaus das der äußern Erſcheinung nach zuſtande gekommne Rechtsgeſchäft aufrecht erhalten, ohne Rückſicht darauf, ob eine wirkliche Übereinſtimmung des innern Willens ſtattgehabt.

In ſehr dankenswerter Weiſe hat Ihering die Bedeutung ſeiner Lehre durch eine reiche Kaſuiſtik veranſchaulicht. Bereitwillig gehe ich auf dieſelbe ein, da hierdurch am beſten das Übereinſtimmende und Abweichende in den beiderſeitigen Anſchauungen klar wird.

Ihering eröffnet die Reihe der Fälle, wo ſeine Theorie Anwendung finden ſolle, mit den wegen Unfähigkeit des Subjekts nichtigen Verträgen. Gerade bei dieſen ſcheinen mir aber die auch von Ihering nicht verkannten Bedenken ſo überwiegend, daß ich dieſe Fälle zu denen rechnen würde, wo die äußere Erſcheinung des Vertrags gar keine rechtliche Folgen hat. Wenn das Geſetz gewiſſen Perſonen wegen unreifen Alters oder wegen ihrer an Wahnſinn grenzenden Verſchwendungsſucht einen Schutz wider ſich ſelbſt verleiht, indem

11) Den von Ihering geſammelten Quellenzeugniſſen darf ich wohl noch zwei Beiträge hinzufügen. Wird die gepachtete Sache von Dritten aus Feindſchaft wider den Pächter beſchädigt, ſo ſoll dieſer den Schaden erſetzen. Culpae ejus adnumeratur, ſagt l. 25 § 4 D. loc. cond., wiewohl es einleuchtet, daß man ſich ſehr unverſchuldet Feindſchaften zuziehen kann. Ferner: das proscriptum, wodurch der Geſchäftsherr verboten hat, mit den institor zu kontrahieren, befreit jenen nicht, wenn es auf irgend eine Weiſe, namentlich auch durch die Wegnahme eines andern, abhanden gekommen iſt (l. 11 § 4 de inst. act. 14, 3). Auch hierbei kann der Geſchäftsherr ſehr unſchuldig ſein.

es sie des Verpflichtungswillens für unfähig erklärt, so darf dieser Schutz nicht dadurch illusorisch gemacht werden, daß man an ihren Leichtsinn doch wieder eine, wenn auch geminderte, Haftbarkeit knüpft. Diese vom Gesetz positiv in den Vordergrund gestellte Rücksicht kann auch durch das Bedürfnis, die bona fides des Verkehrs zu schützen, nicht aufgewogen werden. Im Rechtsverkehr muß sich jeder umsehen, mit wem er zu thun hat. Er muß die allgemeinen persönlichen Verhältnisse seines Mitkontrahenten kennen. Das besagt nicht nur l. 19 D. de R. J.; es liegt meines Erachtens auch in der Natur der Sache.

Bei Minderjährigen wird für den, der ihnen persönlich gegenübersteht, schon durch deren äußere Erscheinung genügende Veranlassung gegeben sein, die Frage über ihre Handlungsfähigkeit in Betracht zu ziehen. Wer aber mit Personen kontrahieren will, die er von Angesicht zu Angesicht gar nicht kennt, mag sich erst nach ihrer Persönlichkeit erkundigen. Erklärte Verschwender werden öffentlich bekannt gemacht; die Unbekanntschaft des Einzelnen kann dabei nicht entscheiden.

Wenn Ihering sagt, daß die Gefahr, die seine Theorie jenen Personen bringe, nicht so groß sei, so stellt sich dem gegenüber, daß dann auch das Bedürfnis eines Schutzes ihrer Mitkontrahenten nicht so groß ist. Jedoch möchte ich nur beispielsweise darauf aufmerksam machen, daß, wenn ein Minderjähriger einen Wechsel gezeichnet, jeder dritte Erwerber des Wechsels, der nicht persönlich mit ihm zu thun hatte, leicht würde sagen können, er habe ihn nicht als Minderjährigen gekannt; woraus dann regelmäßig eine Haftpflicht Minderjähriger aus Wechseln hervorgehen würde. Eine Folge, deren Bedenklichkeit niemand verkennen wird. — Ich glaube schwerlich, daß die Praxis in der hier fraglichen Beziehung zu der Theorie Iherings sich verstehen wird.

Nur dann, wenn der Minderjährige dadurch, daß er sich ausdrücklich beim Kontrahieren für volljährig ausgegeben, seinen Mitkontrahenten betrogen hat, soll nach gesetzlicher

Vorschrift der Satz gelten: malitia supplet aetatem.[12]) Aber wofür haftet alsdann der Minderjährige? Etwa nur für das negative Interesse? Nein! er haftet voll aus dem Vertrage, so, als ob er denselben als Volljähriger abgeschlossen hätte.[13])

Über den weiter von Ihering hierher gezognen Fall, daß ein Betrunkner durch eine Mittelsperson einen Vertrag abschließen läßt, habe ich bereits in meinem frühern Aufsatze (s. oben S. 12) mich geäußert. Eine Haftbarkeit jemandes aus culpa in contrahendo vermag ich auch hier nicht zu konstruieren.

§ 5

In zweiter Linie betrachtet Ihering die Fälle, wo die „Nichtigkeit" des Vertrags aus der Unfähigkeit des Objekts hervorgehe. Bezüglich dieser Fälle habe ich schon oben bemerkt, daß ich sie nicht völlig mit den übrigen von Ihering betrachteten Fällen der „Nichtigkeit" auf eine Linie stellen kann. Während bei den letztern, wo der Zweifel in der Frage über die Willensgrundlage des Vertrags liegt, mit der Annahme eines zureichenden Willens jede sonstige Schwierigkeit schwindet, namentlich der Erfüllung des Vertrags in Natur nichts entgegensteht und nur ausnahmsweise eine Interesseberechnung nötig wird, kann bei den hier betrachteten Fällen, wo der an sich völlig tadellose Wille daran leidet, daß er kein leistungsfähiges Objekt findet, immer nur von Leistung eines Interesse die Rede sein. Dieses Interesse wird sich in manchen Fällen von selbst thatsächlich auf das von Ihering konstruierte „negative Interesse" beschränken. So namentlich, wenn eine Sache, die niemals existiert hat, Gegenstand des Vertrags ist. Wenn jemand von einer Lotterie die Losnummer 1001 kauft, während die Lotterie nur 1000 Lose zählt, so ist absolut nicht auszumachen, ob die Losnummer

12) l. 3 C. si minor se majorem dixerit (2, 43).

13) Im römischen Recht tritt diese volle Haftbarkeit dadurch ein, daß ihm die Restitution versagt wird.

1001, wenn sie existiert hätte, gewonnen haben würde oder nicht. Der getäuschte Käufer wird daher nichts weiter begehren können als Zurückerstattung des bezahlten Preises. Wenn jemand eine gar nicht existierende Erbschaft kauft, so ist es unmöglich, diese Erbschaft abzuschätzen und darnach das Interesse des getäuschten Käufers zu bestimmen. Das berechenbare Interesse wird sich daher auch hier auf Rückgabe des für die Erbschaft gezahlten und Ersatz etwaiger an den Erbschaftskauf sich anknüpfender Aufwendungen beschränken. Das ist es, was Javolenus in dem zweiten Satze der l. 8 D. de her. vel. act. vend. (18, 4) ausspricht. Eine prinzipiell gegensätzliche Interesseberechnung, in Vergleich mit der für den Fall des Verkaufs einer dem Verkäufer nicht zugehörigen Erbschaft begründeten, kann ich darin nicht angeordnet finden, zumal da die Kompilatoren jener Stelle alsbald in l. 9 eod. noch die weiteren aus Paulus entnommenen Worte hinzufügen:

— et si quid emtoris interest.

Wo daher das an die Nichtleistung einer verkauften nicht (mehr) existierenden Sache sich anknüpfende positive (Erfüllungs-) Interesse sich bestimmen läßt, liegt kein Grund vor, den Verkäufer, soweit dieser überhaupt aus dem Vertrage haftbar erscheint, davon freizugeben.

Dem Verkauf einer untergegangnen Sache stellt Ihering auch den Fall gleich, wo ein Antiquar auf einer Auktion einen Bücherfreund dadurch von dem Bieten auf ein Werk abhält, daß er ihm „sein Exemplar" dieses Werkes verkauft, während dieses ohne sein Vorwissen bereits von seinen Leuten verkauft war. Ihering will hier den Antiquar nur wegen culpa in contrahendo für das negative Interesse haften lassen. Ich meine, der Antiquar müßte unbedingt aus dem Verkaufe haften. Ich kann mich nicht überzeugen, daß wenn der Antiquar „sein Exemplar" verkaufte, dies so viel sei, als ob er gesagt: „wenn ich eines besitze." Es heißt vielmehr: „ein Exemplar, das ich besitze"; d. h. der Antiquar giebt die Ver-

ſicherung, daß er eines beſitze; und dafür muß er einſtehen. Würde ſich wohl der Bücherfreund von dem Bieten in der Auktion haben abhalten laſſen, wenn der Antiquar geſagt hätte: „Ich verkaufe Ihnen ein Exemplar, wenn ich eines beſitze“ —?

§ 6

Das eigentliche Gebiet für die Anwendung des in Frage ſtehenden Prinzips ſcheint mir in dem Bereich derjenigen Fälle zu liegen, die Ihering unter der Rubrik „Unzuverläſſigkeit des kontraktlichen Willens“ zuſammenfaßt. Mehreres, was hier einſchlägt, habe ich bereits oben beſprochen. Hier mag nun noch eine Reihe einzelner, größtenteils auch bei Ihering behandelter Fälle Beſprechung finden.

A. Irrungen hervorgerufen durch Mißbrauch ſchriftlicher Willenserklärungen

„Um einem andern die Wechſelform zu veranſchaulichen, ſetzt jemand einen Wechſel auf, worin er ſelbſt als Traſſant, der andre als Remittent und ein Dritter als Traſſat figuriert. Der andre nimmt das Formular mit und indoſſiert den Wechſel. Kann der Indoſſatar ſeinen Regreß gegen den Ausſteller nehmen?“ — „Inſoweit dies in Form des Wechſelprozeſſes nicht möglich wäre,[14]) und unter der Vorausſetzung, daß der Regreß gegen den Indoſſanten erfolglos bliebe,“ will Ihering ihm die Klage aus culpa in contrahendo geben (S. 75), deren Inhalt er ſpäter (S. 81) dahin beſtimmt: „Der (gutgläubige) Empfänger erhält nur den Schaden erſetzt, alſo zwar, wenn er das Papier gekauft hat, den Kaufpreis, aber wenn es ihm geſchenkt war, nichts.“ Ihering will alſo in dieſem Falle dem gutgläubigen Erwerber kein Recht aus dem Wechſel ſelbſt, ſondern nur eine daneben hergehende Schadenserſatzklage gewähren, zu deren Begründung der Erwerber ſeinerſeits darlegen müßte, daß und wie viel er für den

14) Ich möchte doch darauf aufmerkſam machen, daß die Zuläſſigkeit des Wechſelprozeſſes für die materielle Frage nicht entſcheidend ſein kann.

Wechsel gezahlt habe. — Ich meinesteils bin der Ansicht: der Aussteller eines wider seinen Willen in Kurs gelangten Wechsels haftet aus dem Wechsel dem gutgläubigen Indossatar und allen dessen Nachindossataren; gerade so, wie er auch dem Trassaten, der im guten Glauben acceptiert und bezahlt hat oder den von ihm gutgläubig acceptierten in gutgläubige Hand gelangten Wechsel bezahlen muß, Deckung zu leisten hat. Es ist das meines Erachtens eine notwendige Konsequenz des Wechselinstituts.[15]) Wer das nicht will, möge sich hüten, Wechsel anzufertigen, die gegen seinen Willen in die Welt laufen. [b] — Inwieweit etwa in einem solchen Falle dem Aussteller die Einrede gestattet werden könne, daß der Gegner sich zu seinem Schaden bereichern würde, indem er z. B. den Wechsel nicht bezahlt, sondern geschenkt erhalten habe, ist eine Frage, auf die ich noch unten zurückkommen werde. Jedenfalls würde aber die Zulassung einer solchen Einrede wesentlich verschieden sein von einer Beschränkung des Klagerechts auf das sogenannte negative Interesse.

Zweifelhafter kann man sein bei andern Urkunden, wenn diese wider den Willen ihres Ausstellers mißbraucht werden. Man wird hier jedenfalls zu unterscheiden haben zwischen solchen Urkunden, die ihrer Natur nach bestimmt sind, Dritten gegenüber zu wirken, und solchen, bei denen dies nicht der Fall ist. Bei erstern würde unser Prinzip Anwendung finden können, bei letztern nicht.

Wer also eine ausgestellte Vollmacht sich entwenden läßt, wird es gegen sich gelten lassen müssen, wenn der darnach Bevollmächtigte gutgläubigen Dritten gegenüber für ihn handelt. Wer unter einen ihm gehörigen Schuldschein eine Cessionserklärung setzt und diese Urkunde sich entwenden läßt, wird es gegen sich gelten lassen müssen, wenn auf deren

15) Vgl. auch Art. 74 d. A. D. W.-O.

[b] Auch hiergegen hat Windscheid lebhaften Widerspruch erhoben. Vgl. jedoch Entsch. d. R.-G. 2 Nr. 26, 5 Nr. 20 und dazu meine Schrift „Urteile des R.-G." Nr. III.

Grundlage der Schuldner gutgläubig an den Cessionar Zahlung geleistet hat.

Gleiches würde man bei schriftlichen Nachstandserklärungen, Einwilligungen in Pfandrechtslöschungen u. s. w. annehmen dürfen, wenn Dritte auf Grund solcher Urkunden im guten Glauben Rechte erwerben.

Wenn dagegen A einen Darlehnsschein zu Gunsten des B ausstellt, C entwendet ihn vor der Ausgabe und läßt sich auf denselben von B das Geld auszahlen, so wird es bedenklich sein, den A hier haftbar zu erklären. Denn in dem bloßen Besitz des Darlehnsscheins konnte B keinen Grund finden, den C zur Empfangnahme des Darlehns für ermächtigt zu halten. Noch unzweifelhafter aber ist es, daß, wenn B selbst den Darlehnsschein entwendet und dann einem Dritten cediert hätte, der Cessionar, auch wenn er im besten Glauben sich befand, keine Forderung von A haben würde; denn der Cessionar kann niemals mehr Rechte erwerben, als sein Cedent hatte.

Mehr nach der andern Seite neigt wieder der Fall, wenn wir uns an die Stelle des Darlehnsschein eine Quittung denken. Es ist so allgemein üblich, zur Empfangnahme einer Zahlung mittelst Einhändigung der darüber lautenden Quittung zu bevollmächtigen, daß das Recht schwer diese Sitte ignorieren kann.[16]) Wenn daher ein Schuldner auf eine in völlig unverdächtiger Weise von einem Dritten ihm überbrachte Quittung Zahlung leistete, so wird sich verteidigen lassen, daß der Aussteller der Quittung es zu tragen habe, wenn etwa diese wider seinen Willen in die Hand des Überbringers gelangt wäre.[17])

---

16) Im Gebiet des Handelsverkehrs ist dies ausdrücklich erkannt durch die Vorschrift in Art. 296 d. H.-G.-B.

17) Ein Pensionär bezog seine Pension durch ein Bankierhaus in der Art, daß er am ersten jedes Monats seinen Bedienten sandte, der auf eine vom Pensionär ausgestellte Quittung den Monatsgehalt in Empfang nahm. Einstmals, als dieser Bediente wiederum in dieser Weise das

Die Fälle, wo jemand durch die Art der Ausstellung der Urkunde den Schein seines Willens hervorgerufen und dadurch einen im guten Glauben handelnden Dritten in Nachteil versetzt hat, berührt Ihering S. 80. Ich bin völlig damit einverstanden, daß, wenn jemand „den Überbringer eines Scheines" zur Empfangnahme einer Zahlung ermächtigt, er den Schaden tragen muß, falls ein Unrichtiger sich in den Besitz der Urkunde setzt und sich zu deren „Überbringer" macht. Zweifelhafter gestalten sich die Fälle, wo Täuschung des Dritten durch eine eigentliche Fälschung der Urkunde hervorgerufen ist. Hier werden nur selten einerseits die Zurechenbarkeit auf seiten des Ausstellers und andrerseits die völlige Schuldlosigkeit auf seiten des Getäuschten dergestalt zusammentreffen, daß man sagen darf: der Aussteller muß den Inhalt der gefälschten Urkunde gegen sich gelten lassen. Am ehesten würde hierzu noch ein Fall geeignet sein, wo die Fälschung mittelst Benutzung eines Blanketts geschehen ist, da die Ausstellung eines Blanketts unter allen Umständen als eine unvorsichtige Handlung sich charakterisiert. Ich wage jedoch auf diesem ganzen Gebiet keine Beispiele zu konstruieren, weil hier alles, wie ich glaube, zu sehr von der individuellen Gestaltung der Umstände abhängt.

§ 7

B. Irrungen aus der Bezeichnung des Objekts des Vertrags

Ein Theaterdirektor will eine Sängerin, die er persönlich irgendwo kennen gelernt hat, engagieren. Er schreibt aber infolge Verwechslung an deren Schwester, die gleichfalls Sängerin ist, und engagiert diese. Kann er nun, wenn die-

---

Geld erhoben hatte, fand es sich, daß derselbe tags zuvor von seinem Herrn aus dem Dienste geschickt war, bei seinem Weggang aber die im voraus gefertigte Quittung seines Herrn entwendet hatte und mit dem erhobnen Gelde durchgegangen war. Wer hatte nun den Schaden zu tragen? Meines Erachtens der Pensionär, der die Quittung sich hatte stehlen lassen. (Zur gerichtlichen Entscheidung ist der Fall nicht gekommen.)

ſelbe anlangt, ſie „wegen weſentlichen Irrtums“ wieder nach Hauſe ſchicken? — Die gemeine Theorie wird dies vielleicht bejahen; Ihering will der Engagierten wegen culpa in contrahendo Erſatz von Reiſekoſten, ſowie auch ſonſtige Schadloshaltung gewährt wiſſen. Ich meine, wenn das Engagement in einer Weiſe erfolgte, daß die Sängerin den Irrtum durchaus nicht erkennen konnte, ſo müßte ihr der Kontrakt gehalten werden.

Ein Apotheker beſtellt in einem Buchladen das „Wurzellexikon von N. N.“ Als es ankommt, findet er zu ſeinem Erſtaunen, daß dasſelbe nicht, wie er geglaubt, von offizinellen, ſondern von indo-germaniſchen Wurzeln handelt. Kann er daraufhin das Buch zurückgeben? Ihering (S. 76) nimmt dies an. Meiner Anſicht nach kann er es nicht. Wer ein beſtimmtes Buch unter ſeinem Titel beſtellt, muß es behalten, mag er ſich über deſſen Inhalt gedacht haben, was er will.

Auch folgender Fall würde hierher gehören. Jemand beſtellt bei einem Handwerker einen Gegenſtand (ein Möbel, einen Anzug u. ſ. w.) nach einem beſtimmten Maße; er irrt ſich aber in dem überſandten Maße, und wie der Handwerker die Sache bringt, paßt ſie nicht. Der Beſteller iſt alſo bei der Beſtellung in einem weſentlichen Irrtum geweſen. Muß nun etwa der Handwerker den Gegenſtand behalten, und hat er nur eine Entſchädigungsklage gegen den Beſteller? Es wäre empörend, wenn ſo ein Gericht entſchiede. Hat der Handwerker nach dem ihm gegebnen Maß in gutem Glauben gearbeitet, ſo muß der Beſteller ihm die Sache abnehmen. Mag er dann ſehen, wie er die Sache anderweit verwertet.

Ein reiches Gebiet von Irrungen, bei denen unſer Prinzip in Frage kommen konnte, war bis vor kurzem in Deutſchland durch die Buntſcheckigkeit von Münze, Maß und Gewicht eröffnet. Jetzt werden glücklicherweiſe ſolche Irrungen wohl nur noch im Verhältnis zum Auslande eine Rolle ſpielen. Wollte man in dieſer Beziehung jeder Partei geſtatten, ihren ſubjektiven Irrtum zur Geltung zu bringen, ſo würden gar manche

Verträge der Anfechtung anheimfallen. In der That behandelt auch die Praxis die Sache anders; sie erfaßt den Vertragsabschluß in seiner objektiven Erscheinung und interpretiert darnach den Willen beider Teile. Wessen Willen dieser objektiven Erscheinung nicht wirklich entsprach, der mag die Fiktion seines Willens als Strafe seines Verschuldens hinnehmen. Man wird daher den Satz, daß bei einem Streite der Parteien über den Sinn eines Ausdruckes der fraglichen Art der Gebrauch des Orts, wo kontrahiert worden, entscheide, als Regel nur billigen können. Der Preuße, der (vor einigen Jahren) in Bremen einen Kutscher für „10 Thaler“ engagierte, hatte 10 Thaler Gold zu zahlen;[18]) denn er mußte wissen,[19]) daß in Bremen nach Thalern Gold gerechnet wurde. Desgleichen wird man von jedem verlangen dürfen, daß er die technischen Ausdrücke eines Gewerbes, in dessen Bereiche er kontrahiert, so wie die Sprache, in der er kontrahiert, richtig verstehe. Wenn ein Deutscher sich einläßt, in französischer Sprache zu kontrahieren, und für eine Ware den geforderten Preis von quatre-vingt francs verspricht, so wird er 80 Franken zahlen müssen, sollte er auch der Meinung gewesen sein, quatre-vingt heiße 24. Wollte er das nicht, so mochte er deutsch reden.

Die „Nichtigkeit“ der Verträge wegen wesentlichen Irrtums im Gegenstande beschränkt sich hiernach praktisch auf solche Fälle, wo der Irrtum schon in der objektiven Erscheinung des Kontrahierens mehr oder weniger zu Tage tritt,

---

18) Das nimmt auch Ihering an, „wenn der Preuße erst nach Beendigung der Fahrt erfahre, daß Thaler Gold gemeint gewesen seien.“ Wäre aber der Vertrag nichtig, so würde der Preuße doch auch nach beendigter Fahrt nicht 10 Thaler Gold, sondern nur den (abzuschätzenden) Wert der Fahrt zu entrichten haben.

19) Überall, wo wir das Vorhandensein des Willens darauf zurückführen, „daß jemand etwas habe kennen oder wissen müssen“ — und diesen Gesichtspunkt wendet ja unter Umständen auch Ihering S. 77 und 79) an —, nehmen wir zu einem eventuell fingierten Willen unsre Zuflucht.

sodaß sich das beiderseitige Verschulden oder die beiderseitige Schuldlosigkeit gewissermaßen die Wage hält, und es deshalb durchaus unthunlich erscheint, den Vertrag zum Nachteil des einen oder des andern Teils auszulegen. Fälle dieser Art kommen praktisch nicht leicht vor. Und daher erklärt es sich auch, daß von einer solchen Nichtigkeit so selten in der Praxis die Rede ist. Tausende von Prozessen drehen sich alljährlich um die Frage, was eigentlich bei einer Vertragsschließung der Wille der Parteien gewesen, wobei dann jeder Teil auf das eifrigste versichert, das Gegenteil desjenigen gewollt zu haben, was der andre seinerseits gewollt zu haben behauptet. Da läge es doch gewiß sehr nahe, wenigstens das eine oder andre mal dahin zu erkennen, daß in der That beide Teile etwas Verschiednes gewollt haben, und mithin der Vertrag nichtig sei. Wird nun wirklich so erkannt? Jeder Praktiker wird mir bezeugen, daß kaum jemals an so etwas gedacht wird. Der Vertrag wird vielmehr in der Art aufrecht erhalten, daß er im Sinne des einen oder andern Kontrahenten interpretiert wird, und derjenige, der wirklich etwas andres gewollt, wird in diesem Sinne als einwilligend fingiert. Wo aber ausnahmsweise ein Erkenntnis auf Nichtigkeit des Vertrags begründet wäre, da würde dann auch nicht davon die Rede sein können, daß ein Teil dem andern zufolge einer culpa in contrahendo zu irgend einer Entschädigung verbunden wäre. Vielmehr hätte jeder Teil die an die nichtige Vertragsschließung für ihn sich anknüpfenden Folgen als einen Zufall zu tragen.

§ 8

C. Irrungen durch Versehen bei der Willensmitteilung

Auch hier rechtfertigt es sich, denjenigen, der bei seiner Willenserklärung entweder selbst ein Versehen begangen, wodurch der andre ohne jegliches eigne Verschulden getäuscht worden, oder zur Mitteilung seines Willens sich eines Werkzeuges bedient hat, durch das eine solche Täuschung hervor-

gerufen wurde, für die äußere Erscheinung seines Willens haftbar zu erklären; aber nicht bloß mit dem negativen Interesse, sondern so, als ob er wirklich gewollt.

Wer also wirklich 100 Stück Cigarren bestellen will, sich aber verschreibt und „1000 Stück" schreibt, mag die Tausend auch behalten. Wer von zwei gleichzeitig ihm vorliegenden Offerten die des A annehmen, die des B ablehnen will, aber bei der Adressierung die Briefe verwechselt, sodaß B den annehmenden, A den ablehnenden Brief erhält, wird dem B — vorausgesetzt, daß der Inhalt des Briefs den Irrtum überall nicht erkennen ließ — aus der Annahme haften müssen.

Hierher gehört ferner der Fall der Willensmitteilung durch einen Boten, wovon ich bereits früher gehandelt. In der Haftbarkeit des Absenders für die falsche Ausrichtung des Boten bin ich mit Ihering einverstanden, nur glaube ich den Begriff des „Boten" weit enger beschränken zu müssen.

Und endlich gehört hierher der Fall einer unrichtigen Bestellung durch den Telegraphen. Derjenige, der den Telegraph sich dienstbar macht, muß wissen, daß dabei Unrichtigkeiten vorkommen können, und er kann daher nicht ablehnen, dasjenige gegen sich gelten zu lassen, was der andre als Inhalt des durch den Telegraph vermittelten Rechtsgeschäfts in gutem Glauben angenommen hat. Dabei braucht übrigens derjenige, auf dem der Nachteil haften bleibt, nicht immer der Absender des Telegramms zu sein. Unterstellen wir folgenden Fall: A schreibt dem B: „Benachrichtigen Sie mich, zu welchem Preise Sie mir 200 Zentner Kartoffeln sofort liefern können"; B wählt für diese Benachrichtigung den Telegraphen und giebt folgendes Telegramm auf: „Den Zentner zu 29 Sgr."; der Telegraph bestellt aber: „den Zentner zu 21 Sgr."; und A acceptiert hierauf das Angebot:[20]) so würde, da B kraft eignen Entschlusses für seine Willenserklärung sich des Telegraphen bedient, das bei A angelangte Telegramm für den

20) Vgl. Seuffert, Arch. Bd. 30 Nr. 116.

Inhalt des Vertrags entscheiden; immer vorausgesetzt, daß ein Irrtum nicht schon ohne weiteres (z. B. in dem besprochnen Falle durch die unverhältnismäßige Geringfügigkeit des geforderten Preises) für den Empfänger des Telegramms erkennbar gewesen wäre. Hätte dagegen A dem B geschrieben: „Benachrichtigen Sie mich durch Telegraph u. s. w.," und der Fall wäre im übrigen ganz gleich verlaufen: dann wäre es nicht B, sondern A gewesen, der den Telegraphen für die Willenserklärung des B in Anspruch genommen. Und die Folge würde sein, daß nicht das bei A angelangte, sondern das von B aufgegebne Telegramm für den Inhalt des Vertrags entscheidend wäre. Man kann diesen Unterschied auch so ausdrücken: in dem ersten Falle ist der Telegraph Bote des B, in dem letzten Falle Bote des A.

§ 9

Ich komme schließlich zu einer Beschränkung, die sich dem im allgemeinen aufgestellten Prinzip gegenüber wohl verteidigen lassen wird. Es ist nicht zu verhehlen, daß kraft jenes Prinzips unter Umständen jemand haftbar gemacht werden soll aus einer Fiktion seines Willens, einer Fiktion, die lediglich erfolgen soll zu Gunsten des guten Glaubens des andern. Das Maß, in dem der gute Glauben Schutz beanspruchen darf, ist aber nicht in allen Verhältnissen ein gleiches. Es ist ein mehrfach im Rechte anerkannter Grundsatz, daß der gute Glaube minder Anspruch auf Schutz machen kann, wo es um Aufrechterhaltung eines reinen Gewinns sich handelt.[21]) Von diesem Gesichtspunkt kann man dahin gelangen, zu sagen: demjenigen, dessen Wille in der gedachten Weise

21) Vgl. l. 4 § 29. 31 D. de doli exc. (44, 4). l. 6 § 11 D. quae in fraudem credit. (42, 8). Auch neuere Gesetzgebungen stellen in Verhältnissen, wo es sich um Schutz des guten Glaubens handelt, den lukrativen Erwerb dem bösen Glauben gleich. So die preußischen Gesetze über Erbbescheinigungen vom 12. März 1869 § 6 und über den Eigentumserwerb vom 5. Mai 1872 § 9.

zu Gunsten des guten Glaubens des andern fingiert werden soll, muß mindestens eine Einrede (oder nach Umständen auch eine Klage) insoweit zustehen, als der andre kraft dieser Fiktion sich positiv bereichern würde. Hätte also in dem eingangs erwähnten Telegraphenfalle (S. 20) der Kölner beweisen können, daß der Frankfurter, als er den Ankauf der 1000 Stück Kreditaktien gemeldet, in der That Kreditaktien weder angekauft noch liegen gehabt habe, daß er vielmehr den Ankauf nur gemeldet, um als Gegenspekulant ein Differenzgeschäft einzugehen, aus dem er nun den reinen Gewinn in Anspruch nehme, so würde es gewiß sich rechtfertigen, für diesen Zweck den Kölner nicht aus dem falschen Telegramm haftbar zu erklären.

Daß die Zulassung einer solchen Beschränkung den Zielen Iherings näher führt, liegt auf der Hand. Man würde z. B. von diesem Gesichtspunkt aus wider den Inhaber eines gegen den Willen des Ausstellers in Kurs gesetzten Wechsels die Einrede zulassen können, „daß er denselben geschenkt bekommen“ (vgl. oben S. 37); vorausgesetzt, daß man nicht den Artikel 74 der Wechselordnung als entgegenstehend anzusehen hätte. Gleichwohl ist selbst mit dieser Modifikation die hier aufgestellte Ansicht praktisch von der Konstruktion Iherings wesentlich verschieden. Und ich komme damit auf denjenigen Punkt, der mir vorzugsweise bei dieser Konstruktion vom praktischen Standpunkt aus Bedenken erregt.

Das sogenannte „negative Interesse,“ auf das die auf culpa in contrahendo gegründete Klage beschränkt sein soll, und das daher jedesmal in einem solchen Falle vom Kläger dargelegt werden müßte, ist ein zu wenig praktikabler Begriff. Das ist auch der Grund, weshalb, meiner Überzeugung nach, die Römer niemals diesen Begriff aufgestellt haben. Es klingt ja so einfach, daß der eine den andern für das Nichtvorhandensein eines vermeintlich abgeschlossenen Vertrags zu entschädigen habe. Fragt man sich aber, wie denn nun eine solche Entschädigung sich bestimme, so kommt man in die allergrößten Schwierigkeiten. Ich habe

hierüber schon in meinem frühern Aufsatze einige Andeutungen gemacht; namentlich auch darauf hingewiesen, daß das sogenannte negative Interesse unter Umständen weit mehr betragen würde als die Vertragsverpflichtung. Die Schwierigkeiten vermehren sich aber noch mannigfach, wenn man die einzelnen Fälle verfolgt. Der Fabrikant, dem eine Ware als „irrtümlich bestellt" zurückgeschickt wird, kann allerdings die Verpackungs- und Versendungskosten leicht berechnen. Aber wie soll er den Schaden darlegen, der ihm vielleicht durch die in Hinblick auf die Bestellung getroffnen Geschäftseinrichtungen (Ankäufe von Rohmaterial u. s. w.) erwachsen ist? — Der Pretiosenhändler, dem ein aus seinem Laden entnommnes Stück „wegen Irrtums über den Preis" zurückgeschickt wird, könnte Entschädigung nur fordern, wenn er nachwiese, daß inzwischen ein andrer dieses Stück ihm zu gleichem Preise abgekauft haben würde. Aber wie soll er das beweisen, wenn das Stück nicht einmal mehr in seinem Laden zum Ausgebot gelegen hat? — Die irrtümlich engagierte Sängerin kann das vergeblich aufgewandte Reisegeld wohl angeben. Aber wie erlangt sie, wenn sie nun ohne Stelle bleibt, Ersatz dafür, daß ihr vielleicht andre Engagements entgangen sind, wozu die Anträge gar nicht einmal an sie gelangten, weil verlautete, daß sie schon engagiert sei? — Diese aus der Nichtpraktikabilität jenes Begriffs entnommnen Bedenken schwinden auch nicht etwa damit, daß neuere Prozeßgesetze dem Richter bei Zuerkennung eines Schadenersatzes ein freieres Ermessen einräumen. Denn dadurch werden ja die eigentlich sachlichen Schwierigkeiten der Frage nicht gehoben. Ein gewissenhafter Richter wird selbst auf eine solche Grundlage hin nicht blindlings etwas völlig Beliebiges als Schadensersatz zuerkennen, sondern wenigstens annähernd sehen wollen, was für ein Schaden wirklich entstanden sei. Auch bei diesem freiern richterlichen Standpunkt werden sich daher unpraktikable Begriffe, die einem Schadensersatzanspruch zu Grunde zu legen, immer mehr oder weniger rächen. Als Grundlage eines

Vergleichsvorschlags mag sich unter Umständen das (im Überschlag bemessene) „negative Interesse“ wohl empfehlen; als Grundlage der Rechtsprechung zu dienen aber eignet es sich nicht.

Der wahre Schadensersatz dafür, daß jemand einem andern für die Existenz eines Rechtsgeschäfts einzustehen hat, wird stets darin bestehen, daß er das Rechtsgeschäft selbst gegen sich gelten läßt. Damit wird dasjenige, wofür er dem andern einzustehen hat, in Natur geleistet, und es bedarf keiner künstlichen Schadensberechnung. Läßt man daneben noch aus Billigkeitsrücksichten dem gegen seinen wahren Willen aus einem solchen Verhältnisse Haftbaren eine Einrede oder Klage insoweit zu, als er eine positive Bereicherung des Gegners nachzuweisen vermag — ähnlich, wie z. B. der Mieter, wenn er auf den Mietpreis für eine von ihm nicht benutzte Sache belangt wird, die Einrede entgegensetzen darf, daß der Kläger die Sache anderweit vermietet gehabt, also in Wahrheit sich nur bereichern würde —, so ist damit auch dem Interesse des andern Teils genügend Rechnung getragen. Die Verweisung des Verletzten auf Darlegung seines „negativen Interesses“ stellt dagegen diesen vielfach rechtlos und belastet die Rechtsprechung mit Schwierigkeiten, denen sie nicht gewachsen ist.

Die in diesem Aufsatz besprochnen Fragen traten vor kurzem wieder lebendig hervor in einem Rechtsfalle, der inzwischen bei Seuffert, Arch. Bd. 29 Nr. 215, veröffentlicht ist. Es wurde aus einer Bürgschaft auf 600 Thaler geklagt, und zur Begründung der Klage ein vom Verklagten unterzeichneter Bürgschaftsschein vorgelegt, der auf Übernahme der fraglichen Bürgschaft für eine Schuld von „600 Thaler“ lautete. Der Verklagte stellte den Vorgang, der der Ausstellung des Bürgschaftsscheines zu Grunde liege, so dar. Der Schuldner sei zu ihm gekommen und habe ihn um Übernahme einer Bürgschaft für „600 Mark“ gebeten. Da er sich hierzu bereit erklärt, habe der Schuldner den Schein auf-

gesetzt, auch bei der Vorlesung desselben nicht „600 Thaler," sondern „600 Mark" gelesen. Diesen Schein habe er (Verklagter) dann, da er seine Brille nicht bei sich gehabt, blindlings unterschrieben. Verklagter wollte hiernach aus der Bürgschaft nur für den Betrag von 600 Mark haften. — Das Appellationsgericht zu Kiel hielt diesen Einwand für begründet, nahm ihn auch als erwiesen an, und wies deshalb den Kläger ab; indem es aussprach: daß bei Verträgen das verpflichtende Moment nicht in der Willenserklärung, sondern in dem erklärten Willen zu suchen sei, und deshalb bei Nichtübereinstimmung zwischen Erklärung und Willen der letztere das für die Verpflichtung maßgebende sei. Den Gefahren für den Verkehr, die diese Theorie in sich trage, glaubte das Gericht mit dem Entscheidungsgrunde begegnen zu können, daß „auch ferner daran festzuhalten, daß die Abgabe nicht mit dem Willen übereinstimmender Erklärungen vermöge der in dieser Beziehung dem Erklärenden beizumessenden culpa denselben zum Ersatz des dadurch verursachten Schadens verpflichten könne. Von letzterm Moment sei aber in vorliegendem Falle nicht die Rede, da vom Kläger nicht behauptet worden, daß er durch die unrichtige Ausstellung der Bürgschaftsakte in Schaden geraten sei." — Das Oberappellationsgericht zu Berlin, an das die Sache im Wege der Nichtigkeitsbeschwerde gelangte, verurteilte dagegen den Verklagten, indem es folgendes aussprach: „Mit Grund wird es als rechtsirrtümlich gerügt, daß das Appellationsgericht die Frage, ob zwischen dem Kläger und dem Verklagten ein Bürgschaftsvertrag in Beziehung auf 600 Thaler zustande gekommen sei, verneint, und dem Kläger nur eine Klage auf Ersatz des ihm durch Verschulden des Verklagten im Kontrahieren verursachten Schadens gewähren will. Im Rechtsverkehr kann der innere Wille nur Bedeutung gewinnen durch die Zeichen, mit denen er sich zu erkennen giebt, und es beruht alle Rechtsordnung gerade auf der Zuverlässigkeit der Zeichen, wodurch Menschen allein in lebendige Wechsel-

wirkung treten können. Daher kann die Nichtübereinstimmung des innern Willens mit einer klaren und unzweideutigen Willenserklärung nur dann störend auf das Zustandekommen eines Rechtsgeschäfts einwirken, wenn sie dem, mit dem kontrahiert wird, erkennbar geworden ist. Es würde auch jede Sicherheit des Verkehrs und allen guten Glauben untergraben, wenn die zum Zwecke der Eingehung eines Vertrags in bündigster Form abgegebne Willenserklärung einfach mit dem Nachweis beseitigt werden könnte, daß sie nicht mit dem wirklichen Willen in Übereinstimmung gestanden. — Nun wird zwar andrerseits auch dem erst nachträglich zu Tage getretnen Widerspruch zwischen Willen und Willenserklärung vom Mitkontrahenten insoweit Rechnung getragen werden müssen, als dies der das Verkehrsleben beherrschende gute Glaube erfordert. Allein im gegebnen Falle hat der Verklagte nicht einen Sachverhalt dargelegt, der der Einrede der Arglist (exceptio doli) dem Kläger gegenüber zur Grundlage dienen könnte. Auch handelt es sich hier nicht um eine mit der Klage zu erzielende Bereicherung, sondern um die Abwendung eines Vermögensverlustes für den Kläger. Es hat daher eine Verurteilung des Verklagten nach der Klagbitte erfolgen müssen."

In diesen verschiednen Entscheidungen beider Instanzen tritt der Gegensatz der hier fraglichen Theorien klar zu Tage. Das Gericht zu Kiel hatte sich die Theorie von der culpa in contrahendo und der daraus abzuleitenden „Verpflichtung zum Schadensersatze" angeeignet und gelangte damit zu einer Abweisung der Klage. Kläger hätte nun allerdings eine neue, jener Theorie entsprechende Klage anstellen können, in der er hätte darlegen müssen, wie er, wenn er nicht durch den Bürgschein getäuscht wäre, gehandelt haben würde, um die Schuld beigängig zu machen, und daß und in welchem Maße ihm dieses auch gelungen sein würde. Er hätte also sagen müssen: ich hätte sofort gegen den Schuldner Klage erhoben, und dabei würde derselbe noch zahlfähig gewesen sein; oder:

ich würde den Schuldner gedrängt haben, mir einen andern Bürgen zu stellen, und das würde derselbe auch gekonnt haben; oder: ich würde die Forderung an einen Dritten für so und so viel cediert haben, was damals noch möglich gewesen wäre, und würde so zu meinem Gelde gekommen sein.

Aber ich frage jeden, der einigen praktischen Sinn hat: sind denn überhaupt solche Dinge, die möglicherweise hätten geschehen können, zu erweisen? Nein! sagen wir es offen, durch jene Theorie war der Kläger mit seinem Bürgschein völlig an die Luft gesetzt. Dem gegenüber kam in der Entscheidung der höchsten Instanz die hier verteidigte Rechtsauffassung zur Anwendung (deren Gründe jedoch nicht von mir gefaßt sind). Es muß dem Rechtsgefühl des geneigten Lesers anheimgestellt bleiben, ob er nicht durch diese Entscheidung das Bedürfnis praktischer Gerechtigkeit in höherm Maße gelöst findet. [c]

[Der vorstehenden Ausführung entsprechend habe ich in meinem „Gegenentwurf zum bürgerlichen Gesetzbuch" die Lehre durch die §§ 108 und 109 zu ordnen gesucht. Nachdem der amtliche Entwurf erster Lesung eine völlig unhaltbare Aufstellung gemacht hatte, ist man bei der zweiten Lesung im wesentlichen auf die Lehre Iherings verfallen. Die Praxis wird die Folgen davon gewahren.]

[c] An diese Worte hat Windscheid den klassischen Ausspruch geknüpft: „Ich fürchte, Rechtsgefühl und das Bedürfnis praktischer Gerechtigkeit sind für die positive Geltung eines Rechtssatzes sehr ungenügende Grundlagen. Das Bedürfnis des Verkehrs ist keine Rechtsquelle."

Verträge zu Gunsten Dritter und Schuldübernahme

[Über diesen Gegenstand habe ich drei Aufsätze geschrieben. Der erste ist in den Jahrbüchern für Dogmatik u. s. w. Bd. 6 S. 131 f. (1863) enthalten. Der zweite findet sich in den von mir herausgegebnen „Urteilen des Reichsgerichts" (1883). Der dritte wurde durch eine im Archiv für zivilistische Praxis veröffentlichte Abhandlung von Regelsberger veranlaßt und fand in dem nämlichen Archiv Bd. 17 (1884) Aufnahme. Der zweite Aufsatz konnte hier nicht mitgeteilt werden, da er einem selbständigen Werke angehört. Dagegen ist der erste Aufsatz, der die Grundlagen der ganzen Lehre enthält, mit einigen Abkürzungen hier aufgenommen. Auch der dritte Aufsatz enthält, ungeachtet seiner polemischen Form, Ausführungen, die für die Klarstellung der Sache so wesentlich sind, daß ich ihn hier aufnehmen zu sollen geglaubt habe.]

I

Es ist ein schlimmes Ding in unsrer Wissenschaft mit ungenauen oder unrichtigen Namen. Wo sie Herrschaft gewonnen, erzeugen sie nur zu leicht auch ungenaue Theorien, die dann auch zu verfehlten Aussprüchen führen.

Einen solchen nicht glücklich gewählten Namen finde ich in dem gewissen Rechtsgeschäften beigelegten Namen „Verträge zu Gunsten Dritter." In den Lehrbüchern pflegt von diesen Rechtsgeschäften nur selten in umfassender Weise die Rede zu sein. Es wird dort gelehrt, daß zwar nach römischem Recht ein alteri stipulari regelmäßig ungiltig gewesen sei, heutzutage dagegen ein Vertrag „zu Gunsten eines Dritten" unter gewissen Voraussetzungen nicht allein dem Promissar, sondern auch dem Dritten ein Klagrecht

wider den Promittenten gewähre. Nicht im Klaren aber ist man über die Voraussetzungen dieses Klagrechts. Anknüpfend an l. 38 § 20 D. de V. O. (45, 1) und § 20 J. de inutil. stipul. (3, 19) sagt man, „der Stipulant müsse ein Interesse bei der Leistung an den Dritten haben." Der Dritte aber erlange sein Klagrecht, indem er dem Vertrage „beitrete" oder „sich denselben aneigne." Man streitet ferner über die rechtliche Natur dieses dem Dritten erworbnen Klagrechts. Endlich ist man auch über die Ausdehnung des Instituts nicht im Reinen. Ein nicht geringer Teil dieser Unklarheiten aber knüpft sich an jenen üblich gewordnen Namen.

§ 1

Zur Darlegung meiner Ansicht (die übrigens keine andre als die der ältern italienischen und deutschen Praktiker ist) will ich zunächst ganz empirisch und konkret zu Werke gehn.

1. Denken wir uns, A redete mit einem Freunde N, an den ein Dritter T eine Forderung von 100 macht, die aber N bestreitet.[1]) A sucht N zu bestimmen, diese Forderung, die er für gerecht hält, zu bezahlen. Nach anfänglichem Sträuben sagte N zu A: „Gut, ich verspreche dir, die von T geforderten 100 ihm zu bezahlen." Was würde aus diesem Versprechen folgen? — Gewiß werden meine Leser mir beistimmen, wenn ich sage: juristisch gar nichts. Dem A hätte N versprochen, 100 als an T geschuldet zu zahlen. A könnte nicht klagen daraus, weil die Forderung, auf die N zahlen will, ihn nichts angeht. T könnte nicht klagen, weil ihm nichts versprochen worden. Das ganze Versprechen hätte lediglich eine moralische Bedeutung.

---

1) Ich werde durchweg die Bezeichnung der in Betracht kommenden Personen mit A, N und T beibehalten, dergestalt, daß A denjenigen, der sich das Versprechen geben läßt, N den Versprechenden, T den Dritten bezeichnet, an den die Leistung erfolgen soll.

Die nämliche Erſcheinung tritt zu Tage, wenn wir uns folgenden Schuldſchein ausgeſtellt denken:

„Ich, der unterzeichnete N, beſcheinige hiermit dem A, daß ich dem T aus dem und dem Grunde 100 ſchuldig bin.“

Jeder Juriſt wird alsbald ſagen, dieſer Schuldſchein „beweiſe“ nichts. Er beweiſe nichts für A, weil ja nur von einer Schuld an T die Rede ſei; er beweiſe nichts für T, weil ja ihm nichts beſcheinigt ſei. Der wahre Grund dieſer mangelnden „Beweiskraft“ iſt der, daß dieſer Schuldſchein nichts weiter iſt als ein Verſprechen, gerichtet auf Zahlung einer Schuld an T, geleiſtet dem A.

Dies ſind die Fälle, die dem römiſchen alteri stipulari völlig entſprechen; und ſie ſind heute gerade ſo unwirkſam wie im römiſchen Recht und werden nach ewigen juriſtiſchen Denkgeſetzen wohl auch ſtets ungiltig bleiben.

2. Geſetzt, nachdem N dem A jenes Verſprechen gegeben hätte, ſagte A weiter: „Darf ich denn dem T ſagen, daß du ihm die 100 zahlen willſt?“ N bejahte dies; A machte nun dem T Mitteilung, der hocherfreut ihm für ſeine Bemühung dankte. Was würde nun juriſtiſch aus der Sache geworden ſein? — Niemand wird zweifeln, daß A auch jetzt nicht auf Erfüllung des Verſprechens klagen könne; wohl aber würde T eine ſolche Klage erworben haben. Indem A den N fragte, ob er von ſeinem Verſprechen dem T Mitteilung machen dürfe, enthüllte er ſich plötzlich als einen ſolchen, der in Vertretung des T handeln und dieſem Rechte erwerben wollte; und wenn nun ihm als ſolchem gegenüber N bei ſeinem Verſprechen beharrte, ſo erwarb T mittelſt Genehmigung des Handelns des A aus dem von N dieſem erteilten Verſprechen ein Forderungsrecht.

Eine ſolche Vertretungsabſicht kann unter Umſtänden auch ſtillſchweigend aus den Verhältniſſen ſich ergeben. Wenn der Ehemann im Intereſſe der Frau, der Vater im Intereſſe des Kindes, der Vormund im Intereſſe des Mündels, die

Aufsichtsbehörde im Interesse einer ihr unterworfnen Anstalt oder Gemeinde verhandelt und ein Versprechen sich geben läßt, so werden diese alle in der Regel selbstverständlich als in Vertretung dieser Dritten handelnd sich darstellen. Aber jene Absicht kann doch keineswegs überall und ohne weiteres unterstellt werden, wo jemand ein fremdem Interesse anheimfallendes Versprechen entgegennimmt.

Auch der Erwerb einer Forderung zu Gunsten eines Dritten durch Handeln in Vertretung desselben fällt insofern unter das ungiltge alteri stipulari des römischen Rechts, als bekanntlich auch ein Forderungserwerb durch Stellvertretung dem klassischen römischen Rechte fremd war. Heutzutage betrachten wir denselben als wirksam. Wie sich dieser Erwerb juristisch vermittelt, ist eine Frage, die hier auf sich beruhen mag, da es nur darauf ankam, den Fall eines Forderungserwerbs für einen Dritten durch Handeln in erkennbar gemachter Vertretung desselben und unter dessen hinzutretender Genehmigung in Gegensatz zu stellen sowohl zu dem unter Nr. 1 betrachteten, als zu dem jetzt alsbald weiter zu betrachtenden dritten Falle.

3. Unterstellen wir, N wäre nicht zu bewegen, die Forderung des T anzuerkennen; A erinnerte ihn aber daran, daß er selbst (A) noch eine (vielleicht auch von N bestrittene) Forderung von 100 an ihn habe. A trüge ihm an, diese 100, die er ihm selbst schulde, an T zu zahlen, und hierauf leistete N dem A eine entsprechende Zusage. Was würde nun entstanden sein? Wohl niemand, wenn er sein juristisches Gefühl fragt, wird zweifeln, daß dem A aus diesem Versprechen „zu Gunsten eines Dritten“ ein Recht erwachsen sei.

Rechtsgeschäfte dieser Art sind es nun, die man heutzutage gewöhnlich mit dem Namen „Verträge zu Gunsten eines Dritten“ bezeichnet. Ich erklärte diesen Namen für schlecht gewählt. Denn in der That sind solche Verträge nicht Verträge zu Gunsten des Dritten, sondern Verträge zu Gunsten des Promissars selbst, wobei dieser

aber die ihm zugesagte Leistung einem Dritten überweist.

§ 2

Fragen wir, was es eigentlich sei, was einen Vertrag dieser Art, ungeachtet die Leistung daraus an einen Dritten geschehen soll, als zu Gunsten des Promissars selbst geschlossen erkennen läßt: so ist es der Umstand, daß die Kausalbeziehung des Versprechens (das warum? aus welchem versprochen wird) in dem Verhältnis des Promittenten zu dem Promissar (nicht zu dem Dritten) gelegen ist. Durch diese Kausalbeziehung erfüllt sich das, was Paulus als Grundbedingung eines wirksamen obligatorischen Handelns hinstellt, ut id, quod gerimus, ex nostra persona obligationis initium sumat.[2]) In den oben konstruierten Fällen bildete die causa des Zahlungsversprechens eine bestehende Schuld. Besteht diese zwischen dem Promissar A und dem Promittenten N (Fall Nr. 3), so leistet N eben dem A ein erneuertes Schuldversprechen, und dasselbe leidet dadurch keinen Eintrag, daß die Leistung daraus nach dem Willen der Kontrahenten an den Dritten (T) geschehen soll. Besteht dagegen die Schuld zwischen N und T (Fall Nr. 1), verspricht also N dem A, eine Schuld, die er an T hat, zu bezahlen, so ist das Versprechen juristisch bedeutungslos, weil das Schuldverhältnis zwischen N und T den A nichts angeht, also das Versprechen der Zahlung der dasselbe erst zu einem Rechtsakt stempelnden causa zwischen Geber und Empfänger entbehrt. Ganz dasselbe tritt ein, wenn wir uns als causa des Zahlungsversprechens, statt der Absicht, eine bestehende Schuld anzuerkennen, den animus donandi denken. Verspricht N dem A, dem T 100 zu schenken, so ist dieses Versprechen, als der Kausalbeziehung zwischen A und N entbehrend, bedeutungslos. Bittet A den N, ihm 100 zu schenken, die-

2) l. 11 D. de O. et A. (44, 7).

ſelben aber an T zu zahlen, und N leiſtet eine dem entſprechende Zuſage, ſo iſt ein Schenkverſprechen zwiſchen N und A zuſtande gekommen, das dadurch ſeine Kraft nicht verliert, daß die Leiſtung daraus nach dem Willen des Beſchenkten an einen Dritten geſchehen ſoll. Noch klarer tritt die Natur des Verſprechens, das wir als einen wirkſamen Vertrag „zu Gunſten eines Dritten“ betrachten, als eines dem Promiſſar ſelbſt geleiſteten da hervor, wo dasſelbe den Beſtandteil eines zweiſeitigen Vertrages bildet. Wenn A dem N eine Sache verkauft und dabei ausmacht, daß vom Kaufpreis eine beſtimmte Summe an T gezahlt werden ſoll, ſo erſcheint dieſes Verſprechen, wenn auch deſſen materieller Gehalt dem T zugewendet wird, doch ſeinem juriſtiſchen Charakter nach als dem A gegeben, da es ja einen untrennbaren Beſtandteil des zwiſchen A und N abgeſchloſſenen Kaufvertrags, das „zu Gunſten des Dritten“ verſprochene aber nichts andres als einen Teil des Kaufpreiſes bildet, für deſſen Zahlung der Käufer lediglich in dem Kaufobjekt ſeinen Entgelt findet. Wenn A zu N in eine Rechtsbeziehung in der Art tritt, daß er ihn durch irgend eine Zuwendung ſich verpflichtet, alſo ihm z. B. eine Sache überträgt, ihn vertragsmäßig zum Erben einſetzt, oder auch eine Eheſchließung mit ihm eingeht, dabei aber ſich verſprechen läßt, daß ein Dritter (T) 100 von ihm (N) erben ſolle, ſo erſcheint dies als ein wirkſamer Erbvertrag „zu Gunſten des T.“ Denn dieſes Verſprechen bildet dann eine Gegenleiſtung für die dem N von A gemachte Zuwendung und wird dadurch ein rechtswirkſames. Ließe dagegen A, ohne Eingehung irgend einer ſonſtigen Rechtsbeziehung mit N, ſich von dieſem verſprechen, daß T 100 von ihm erben ſolle, ſo würde dies nimmermehr zu einem giltigen Erbvertrage werden. Die causa des Verſprechens könnte dann nur in der auf eine Liberalität (eine Zuwendung von Todes wegen) gerichteten Abſicht, die in dem Verhältnis von N zu T beſtände, gefunden werden; und damit verlöre das Verſprechen demjenigen gegenüber, dem es gegeben worden,

seinen juristischen Charakter. — Wenn jemand für seine Witwe in eine Witwenkasse sich einkauft, so erscheint das Versprechen der Anstalt, der Witwe zu zahlen, als Gegenleistung dafür, daß der Mann sich verpflichtet, Beiträge zu leisten, und es wird solchergestalt kraft der zwischen Promissar und Promittenten bestehenden Kausalbeziehung zu einem rechtswirksamen.

§ 3

Freilich muß der Promissar irgend eine Absicht dabei haben, wenn er aus seinem Kontrakt eine Leistung dem Dritten überweist und zuwendet. Diese Absicht kann aber so mannigfaltig sein, als es überhaupt Gründe für Vermögenszuwendungen giebt. Der Promissar kann dabei dem Dritten gegenüber die Absicht zu schenken, zu zahlen oder auch zu kreditieren haben. Leistungen, die erst nach dem Tode des Promissars dem Dritten zu teil werden sollen, nehmen den Charakter von Zuwendungen von Todes wegen an. Es kann sich auch um eine Zuwendung handeln, die gar kein vermögensrechtlich bestimmbares Interesse hat. Wenn A dem N einen Brief giebt, damit er ihn dem T einhändige, so ist es für die durch Hingabe des Briefs (gleichsam realkontraktlich) begründete Verpflichtung des N, den Brief wirklich an T abzuliefern, und für das dieser Verpflichtung entsprechende Recht des A oder des T, ganz einerlei, ob der Brief 100 Thaler in sich schließt, die dem T geschenkt, gezahlt oder dargeliehen werden sollen, oder ob er nur eine Geburtstagsgratulation enthält, mit der A den T zu erfreuen gedenkt. Ja es ist möglich, daß die Zuwendung, die A mittelst seines Kontrakts dem T zu teil werden läßt, dadurch als solche ganz in den Hintergrund tritt, daß A dem N gestattet, die Leistung an T an eine besondre, zwischen ihm selbst (N) und T obwaltende Kausalbeziehung zu knüpfen.[3]) Alle diese Verschieden-

3) Z. B. in dem oben (S. 55) unter Nr. 3 gedachten Falle vereinbart A mit N, daß dieser die dem T zugewiesenen 100 als Zahlung auf

heiten sind für den Grundcharakter des Rechtsgeschäfts gleichgiltig.

So gut der Promissar irgend ein Interesse dabei haben wird, wenn er eine Leistung aus seinem Kontrakt einem Dritten überweist, ebenso gut wird der Dritte ein Interesse dabei haben, wenn er von der Überweisung Gebrauch macht. Aber so wenig als dort braucht hier dieses Interesse dem Richter erkennbar zu sein; und am allerwenigsten ist es nötig, daß dieses Interesse des Dritten auf eine positive Vermögensbereicherung gerichtet sein müßte.

§ 4

Um das aus den sogenannten Verträgen zu Gunsten Dritter sich entwickelnde Rechtsverhältnis richtig zu erkennen, müssen wir an dem Grundgedanken festhalten: das Recht auf die zu Gunsten des Dritten zugesagte Leistung ist ein nicht dem Dritten, sondern dem Promissar selbst erworbenes Recht. Ihm gehört in erster Linie die Verfügung darüber, ihm gehört die darauf gerichtete Klage.

Wie hat man sich nun aber das Klagrecht zu denken, das nach der Praxis dem Dritten auf die ihm durch den Vertrag zugewiesene Leistung eingeräumt wird? Die meisten denken sich den Grund dieser Klage so, daß der Dritte dadurch, daß er den „zu seinen Gunsten" geschlossenen Vertrag sich „aneigne," selbst Vertragsinteressent werde, und so nunmehr kraft eignen Rechts klage. Darüber aber scheint man zu schwanken, ob man dieses „Aneignen des Vertrags" als Acceptation eines vom Promittenten dem Dritten implicite angebotenen Zahlungsversprechens, oder einer vom Promissar implicite angebotenen Cession des erworbnen Klagrechts auf

---

dessen Forderung wider N leisten soll, sodaß also dem T gegenüber diese Zahlung gar nicht als Zuwendung des A erscheint. — Es wird von dieser mehrfachen Kausalbeziehung der Leistung an den Dritten unten noch mehr die Rede sein. (Vergl. § 6 III 2.)

die Leistung aufzufassen habe. Keine dieser Auffassungen ist richtig, und zwar weil der Wille der Kontrahenten überhaupt gar nicht darauf gerichtet ist, mittelst des Vertrags, aus dem die Leistung an einen Dritten erfolgen soll, mit *diesem Dritten* in eine *bindende* Rechtsbeziehung zu treten. Weder der Promittent noch der Promissar strecken aus dem Rechtsgeschäft, das sie mit einander abschließen, gleichsam die Hand hinaus, sodaß der Dritte nur einzuschlagen brauchte, um selbst als Mitkontrahent da zu stehen. Promissar und Promittent sind sich vielmehr selbst genüge. Das von ihnen zustande gebrachte Rechtsgeschäft ist ein in sich abgeschlossenes, vollendetes. Wenn nach Abschluß eines Kaufs, worin der Käufer den Kaufpreis an einen Dritten zu zahlen versprochen, dieser Dritte unaufgefordert zu dem Käufer käme und sagte: „Ich acceptiere dein Versprechen, an mich zu zahlen," so könnte ihm der Käufer mit Recht erwidern: „Du hast hier nichts zu acceptieren, denn *dir* habe ich nichts versprechen wollen." Und wenn er zu dem Verkäufer träte und sagte: „Ich acceptiere die Überweisung des Kaufgelds als eine mir von dir zu teil gewordne Cession," so könnte ihm dieser mit gleichem Rechte entgegnen: „Du hast nichts zu acceptieren, denn ich habe dir nichts cedieren wollen."

Ebensowenig kann ich es richtig heißen, wenn man die „Aneignung" des Vertrags seitens des Dritten mitunter als „*Genehmigung*" bezeichnet. Allerdings wird das Wort „Genehmigung" im gewöhnlichen Leben oft in einem so unbestimmten Sinne gebraucht, daß man jede Art der Aneignung fremden Willens so nennen kann. Aber juristisch sollte man doch dieses Wort für den Fall bewahren, wo jemand ein von einem andern als *Stellvertreter* für ihn abgeschlossenes Geschäft durch seine beistimmende Willenserklärung sich aneignet. Und wenn ich daher in unserm Falle das Wort „Genehmigung" nicht am Platze finde, so soll damit gesagt sein, daß bei den Verträgen, die wir hier betrachten, der Promissar *durchaus nicht als Stellvertreter* des Dritten,

ſodaß er für ihn handeln und Rechte erwerben wolle, fungiert.

§ 5

Um das Klagrecht des Dritten auf die ihm zugewieſene Leiſtung richtig zu verſtehen, müſſen wir von folgender Betrachtung ausgehen.

Es giebt zwei Formen, unter denen wir den Inhalt eines uns zuſtehenden Rechts einem andern zuwenden können: Übertragung des Rechts ſelbſt, und Ermächtigung, dasſelbe auszuüben. Am deutlichſten wird dieſer Gegenſatz, wenn es ſich um Zuwendung des Inhalts eines Forderungsrechts handelt. Hier nennen wir die Übertragung des Forderungsrechts: Ceſſion. Eine bloße Ermächtigung dagegen, das Forderungsrecht auszuüben, war das alte mandatum actionis der Römer, aus dem ſpäter die Ceſſion ſich entwickelte; und auch heute noch würde eine ſolche in der Form bewerkſtelligt werden können, daß der Gläubiger dem andern Vollmacht gäbe, die Forderung einzuklagen und zu erheben, zugleich mit der Zuſage, das erhobne Geld für ſich behalten zu dürfen. Im letzten Ziel treffen beide Formen zuſammen. Darin aber ſind ſie verſchieden, daß die Ceſſion ſofort ein feſtes unwiderrufliches Recht an der Forderung überträgt und ſomit ſelbſt ſchon als vollendete Vermögenszuwendung ſich charakteriſiert, während die bloße Ermächtigung zur Erhebung bis zur wirklichen Erhebung wieder zurückgenommen werden kann, und daher kein eigentliches Recht überträgt, keinen Erwerb begründet, ſondern nur ein Anrecht, eine Hoffnung auf einen Vermögenserwerb gewährt.

In der Vertragsſchließung „zu Gunſten eines Dritten," d. h. in der Zuweiſung eines uns vertragsmäßig erworbnen Anſpruchs an den Dritten, liegt nun zwar keine Ceſſion an dieſen Dritten, wohl aber kann darin die zweite unvollkommnere Form der Zuwendung, nämlich die Ermächtigung für den Dritten, den Anſpruch geltend zu machen, gefunden werden. Wenn wir unſern Schuldner anweiſen, an einen

Dritten zu leisten, so liegt darin zugleich unser Wille ausgesprochen, daß der Dritte empfange; und daraus läßt sich weiter als unserm Willen entsprechend folgern, daß der Dritte auch die zur Verwirklichung des Empfangs geeigneten Mittel in Anwendung zu bringen, d. h. die Leistung einzuklagen befugt sein solle. Der Dritte klagt also auf die „zu seinen Gunsten" stipulierte Leistung aus dem Rechte des Promissars kraft der in der Überweisung stillschweigend für ihn enthaltenen Ermächtigung. Die Klage ist eine actio mandata, die jedoch, da ein eigentliches Mandat (eine direkt zwischen Promissar und Drittem ausgesprochene Ermächtigung) nicht vorliegt, als utilis actio (kraft fingierten Mandats) gestattet wird. Indem die Praxis eine solche Klage zuläßt, verallgemeinert sie nur eine Lehre, deren Anfänge bereits in einzelnen Stellen des römischen Rechts hervortreten, und die, in vorstehend angedeuteter Weise ausgebildet, einem wahrhaft praktischen Bedürfnisse entspricht, ohne gleichwohl das Maß zu überschreiten, innerhalb dessen der Obligationenverkehr einer Ausdehnung, unbeschadet des ursprünglichen Charakters der obligatio, fähig ist; wogegen, wenn man die Theorie von den „Verträgen zu Gunsten Dritter" auf eine dem Dritten gemachte, lediglich von ihm zu acceptierende Vertragsofferte zurückführt, man damit eine, wie mir scheint, ebenso unnatürliche als in ihren Folgen maßlose Schöpfung in die Welt setzt. [Hieran schließt sich in dem ursprünglichen Aufsatze eine Zurückführung der Lehre auf die Aussprüche älterer Juristen, namentlich des Bartolus, des Benvenutus Stracha und des Mevius. Der Kürze halber ist diese Ausführung hier weggeblieben. Wer an der geschichtlichen Entwicklung der Lehre Interesse nimmt, wird die Darlegung in der ursprünglichen Fassung des Aufsatzes nachlesen können.]

§ 6

Es kommt nun darauf an, die Folgen der gezeichneten Auffassung im einzelnen zu entwickeln.

I. Die Leiſtung an den Dritten bildet zunächſt ein Recht des Promiſſars, und dieſer hat eine Klage auf deren Bewirkung. Gebe ich jemandem eine Sache mit der Beſtimmung, ſie an einen Dritten abzuliefern, ſo verſteht ſich von ſelbſt, daß ich auf Ablieferung an den Dritten klagen kann. Überweiſt der Verkäufer den Kaufpreis an einen Dritten, ſo kann er klagend fordern, daß der Käufer denſelben mittelſt Zahlung an den Dritten abtrage. — Soll freilich die Leiſtung an den Dritten erſt nach dem Tode des Promiſſars geſchehen, ſo verſteht ſich von ſelbſt, daß dieſer in Perſon nicht mehr auf deren Entrichtung klagen kann; und es könnte daher die Frage entſtehen, ob nicht etwa den Erben des Promiſſars eine ſolche Klage zuſtände. Gerade aber in der Stellung der Erben zu einer ſolchen an den Tod eines der Kontrahenten geknüpften Zuwendung zu Gunſten eines Dritten liegen ſolche Eigentümlichkeiten, daß davon ſpäter noch beſonders geredet werden muß.

II. Der Dritte, indem er aus dem „zu ſeinen Gunſten“ geſchloſſenen Vertrage Klage erhebt, verfolgt zwar inſofern ein eignes Recht, als er in ſeinem eignen Intereſſe klagt. Deshalb kann er über ſein Klagrecht disponieren; er kann es cedieren; er kann ſich vergleichen.

Soweit es ſich aber um die rechtliche Natur der Klage handelt, iſt ſie die nämliche, die aus dem zu Grunde liegenden Vertrage dem Promiſſar erworben wurde. Vorteil und Nachteil dieſer Klage kommen auch ihm zu ſtatten. Er muß ſich namentlich alle Einreden gefallen laſſen, die der Promittent dem Promiſſar, wenn dieſer klagte, gegenüberſtellen könnte. Nur eine ſcheinbare Ausnahme iſt es, wenn man dabei anerkennt, daß Kompenſationseinreden aus der Perſon des Promiſſars ausgeſchloſſen ſeien. Dieſen Einreden ſtellt ſich die Form, in der der Promittent die Leiſtung übernommen hat, nämlich als Zahlung an den Dritten, entgegen. Der Promittent, der die von ihm geſchuldete Leiſtung mit einem Anſpruch an den Promiſſar kompenſieren will, will auf dieſe

Weise, statt an den Dritten, an den Promissar selbst zahlen. Dieses braucht sich der Promissar, und folgeweise auch der Dritte, nicht gefallen zu lassen, weil der Promissar ein vertragsmäßiges Recht erworben hat, daß gerade dem Dritten geleistet werde. Erst wenn der Promissar in Widerruf der Überweisung an den Dritten auf Leistung an sich selbst klagte, würde das Recht des Schuldners, aus dem Verhältnis zu ihm Kompensationseinreden zu erheben, wieder aufleben.

Während in dieser Abhängigkeit von Einreden, die der Promittent aus dem Verhältnis zum Promissar der Regel nach entnehmen darf, der Dritte im wesentlichen einem eigentlichen Cessionar gleichsteht, ist seine Berechtigung insofern eine schwächere, als

III. sein Anrecht auf die Leistung, und mithin auch sein Klagrecht, abhängig ist von dem andauernden Willen des Promissars, der „zu seinen Gunsten" disponiert hat. Mit andern Worten: der Promissar kann die Überweisung der Leistung an den Dritten vorerst noch immer widerrufen.

1. Er kann dies zunächst im Einverständnis mit dem Promittenten. Wenn A und N in einem unter sich abgeschlossenen Vertrage ausgemacht haben, daß T von N eine bestimmte Summe erben solle, so können sie jederzeit diese Vertragsbestimmung durch eine andre ersetzen, ohne daß T durch ein unberufnes Dazwischentreten und Acceptieren dies hindern könnte. Wenn der Verkäufer A und der Käufer N sich geeinigt haben, daß das Kaufgeld auf eine Schuld des A an T gezahlt werden solle, so können sie von dieser Einigung wieder abgehen, möchte auch T einseitig erklärt haben, „daß er die Schuldübernahme genehmige."

Jener geeinigte Widerruf kann auch thatsächlich erfolgen. Wenn der Verkäufer den Kaufpreis, den er einem Dritten überwiesen hat, sich selbst nachträglich vom Käufer bezahlen läßt, so sind damit beide von der Überweisung thatsächlich abgegangen; die Kaufgeldschuld ist gelöst, und der Dritte hat wider den Käufer keine Klage mehr. Deshalb kann der Ver-

käufer auch, trotz der Überweisung, dem Käufer den Kaufpreis wirksam quittieren. Denn die Quittierung wirkt gleich der Zahlung.

2. Es kann der Widerruf aber auch einseitig von seiten des Promissars erfolgen. Das Recht des Dritten auf die Leistung beruht ja nur auf einer im Verhältnis zwischen dem Promissar und dem Dritten obwaltenden Ermächtigung, die an sich den Promittenten unberührt läßt, insofern es ihm nämlich einerlei sein kann, ob er an diesen oder an jenen leistet, wenn er sich damit nur von seiner Verbindlichkeit befreit. Der Verkäufer, der den Kaufpreis einem Dritten überwiesen, kann also jederzeit dem Käufer sagen: „Ich habe mich anders besonnen; zahle das Kaufgeld, statt an T, an mich!“ Und damit ist dem Dritten jedes Recht genommen.

Dieser einseitige Widerruf des Promissars erleidet aber eine wichtige Beschränkung aus dem Rechte des Promittenten. Dieser braucht sich den Widerruf des Promissars nur insoweit gefallen zu lassen, als er nicht ein selbständiges Interesse dabei hat, gerade an den Dritten zu leisten.

Dieses Interesse kann zunächst faktischer Natur sein. Wer in einem Vertrag übernommen hat, einen bestimmten Dritten zu sich zu nehmen und zu verpflegen, braucht sich sicherlich nicht gefallen zu lassen, daß der Promissar sich selbst oder einen beliebigen Vierten als Pflegling bei ihm einlege.

Es kann aber auch dieses Interesse auf rechtlichen Verhältnissen beruhen, insofern nämlich die an den Dritten zugesagte Leistung zugleich den Zweck haben kann, in dem Verhältnis zwischen dem Promittenten und dem Dritten eine rechtliche Funktion zu üben, was dadurch, daß die Zusage der Leistung ihre causa zunächst in dem Verhältnis zwischen Promittenten und Promissar findet, keineswegs ausgeschlossen ist.[4]) Gerade Verhältnisse dieser Art sind es, die am häufigsten Vertragsbestimmungen „zu Gunsten eines Dritten“ herbei-

4) Vgl. l. 44 D. de solut. 46, 3.

führen. Wenn in dem oben S. 55 Nr. 3 erwähnten Fall A mit N ausmacht, daß letzterer die 100, die er ihm schuldet, an T zugleich auf dessen behauptete Forderung zahle, so kann A nicht diese Zahlungsüberweisung widerrufen, weil N ein Recht hat, mittelst der nur einmal zu zahlenden 100 beide an ihn gemachte Forderungen, die des A und die des T, zu tilgen. Wenn der Käufer die Zahlung des Kaufpreises an den Gläubiger des Verkäufers auf eine Schuld übernimmt, für die die verkauften Grundstücke als Hypothek haften, so hat die Zahlung des Kaufpreises an den Dritten nicht allein den Zweck, den Verkäufer von seiner persönlichen Schuld, sondern auch den Käufer von seiner hypothekarischen Haftbarkeit zu befreien; und es kann deshalb nicht davon die Rede sein, daß der Verkäufer die Anweisung des Preises an den Gläubiger einseitig zurücknehme und Zahlung an sich selbst beanspruche. Wenn A als Acceptant, N als Indossant für einen Wechsel haften und beide in einem Vergleiche mit einander ausmachen, daß eine bestimmte von N zu zahlende Summe, statt an A, an den Wechselgläubiger T zur Tilgung der Wechselschuld gezahlt werde, so kann ebensowenig A hiervon einseitig wieder abgehen.[5])

Ein Verhältnis der hier betrachteten Art liegt auch stets da vor, wo „zu Gunsten eines Dritten" ein Erbvertrag geschlossen ist. Wenn A kraft eines mit N abgeschlossenen Rechtsgeschäfts von diesem die Zusage sich geben läßt, daß T eine bestimmte Summe von ihm (N) erben solle, so soll T das ihm so Zugewendete nicht lediglich als ihm durch N übermittelte Leistung des A, sondern zugleich als eine Zu-

5) Nur dann würde in diesem Falle das einseitige Widerrufsrecht des A wieder eintreten, wenn z. B. die Wechselklage des T wider den Indossanten N inzwischen verjährt wäre, indem damit jedes Interesse des N an T, statt an A, zu zahlen, sich erledigen würde. Ebenso würde, wie ich glaube, N sich den Widerruf gefallen lassen müssen und Zahlung an A, statt an T, nicht verweigern können, wenn A ihm Kaution stellte, daß er ihn wider die Ansprüche des T aus dem Wechsel vertreten wolle.

wendung von Todes wegen seitens des N selbst empfangen. Es ist für N durchaus nicht gleichgiltig, ob sein Nachlaß diesem oder jenem zu teil wird; und wenn er sich daher herbeigelassen hat, kraft Vertrags mit A zu bestimmen, daß T ihn erbe, so kann A in keiner Weise einseitig dies dahin ändern, daß ein beliebiger andrer statt des T das diesem zugewiesene Erbteil erhalte.

Ähnlich ist folgendes Verhältnis. Wenn jemand in eine Witwenkasse einsetzt, so erwirbt er damit ein Recht für seine Witwe auf die Witwenpension nach den hier erörterten Grundsätzen. Wollte aber der Einsetzende mittelst einseitigen Widerrufs dasjenige, was seine Witwe zu erwarten habe, irgend einer andern Person zuweisen, so würde gewiß die Verwaltung der Witwenkasse unter Hinweisung auf den der Anstalt gesteckten Zweck, Witwen zu unterstützen, nicht aber Zuwendungen von Todes wegen an beliebige andre Personen zu vermitteln, jene einseitige Disposition von der Hand weisen können.

3. Es fragt sich nun aber, wann hört das Widerrufsrecht des Promissars — einseitig oder in Einverständnis mit dem Promittenten gedacht — auf? Mit andern Worten: wodurch wird das Recht des Dritten auf die ihm zugewiesene Leistung selbständig und unwiderruflich?

Es versteht sich von selbst, daß sein Recht unwiderruflich wird, wenn er das ihm zugewiesene reell empfängt. Desgleichen, wenn ihm der Promissar förmliche Cession auf den für ihn erworbnen Anspruch erteilt; denn damit wird der Übergang des betreffenden Forderungsrechts auf ihn ein vollkommner (S. 61).

Ebenso bestimmt aber glaube ich behaupten zu müssen: das Recht des Dritten wird nicht unwiderruflich durch die einseitig von ihm abgegebne Erklärung seines Einverständnisses mit der ihm gemachten Zuweisung, mag man diese Erklärung nun Acceptation, Genehmigung oder wie sonst nennen. Vielmehr ändert eine solche ganz und gar nichts an der Sachlage.

Selbständig und unwiderruflich kann aber auch das Recht des Dritten dadurch werden, daß er sich vom Promittenten ein Zahlungsversprechen geben läßt oder eine Verurteilung desselben zu der Leistung erwirkt. Handelt es sich um eine Leistung, die der Promissar dem Dritten von Todes wegen hat machen wollen, so wird dessen Recht auf die Leistung unwiderruflich, wenn der Promissar stirbt.

[In dem ursprünglichen Aufsatze sind diese Punkte noch näher ausgeführt.]

§ 7

Wie umfassend die Lehre von den Verträgen „zu Gunsten Dritter," so wie ich sie in konsequenter Durchführung des zu Grunde liegenden Gedankens hinstellen zu dürfen glaubte, in das gesamte Rechtsleben eingreift, ist wohl schon aus den verschiednen bisher von mir benutzten Beispielen klar geworden. Mit der eigentümlichen Wirkung des dem Dritten gestatteten abgeleiteten Klagrechts darf ihr, wie ich glaube, überall da Anwendung gegeben werden, wo jemand ein vertragsmäßiges Recht erwirbt, daß an einen Dritten etwas geleistet werde. Allerdings erweitert sich nach dieser Auffassung das Gebiet dieses Instituts mehrfach im Vergleich mit der ihm gewöhnlich gegebnen Anwendung. Namentlich gehört die hier vertretene Annahme, daß darnach auch dem Adressaten eines Briefes oder einer Sendung eine Klage auf Auslieferung wider den, der den Brief zur Vermittlung empfangen hat, zu gestatten sei, zu den sehr bestrittenen.

Der bei weitem wichtigste und häufigste Fall, in dem das hier fragliche Rechtsinstitut Anwendung findet, ist aber der der Schuldübernahme, und von ihr soll daher noch besonders die Rede sein.

Es ist ein unbestreitbares Verdienst Delbrücks, daß er zuerst von diesem Rechtsgeschäft ex professo gehandelt und dadurch dasselbe in den Kreis wissenschaftlicher Betrachtung gezogen hat. Für weniger glücklich halte ich dagegen von

ihm die Aufgabe für gelöst, dafür eine selbständige neue Theorie zu schaffen. Wenn Delbrück die „Schuld“ als ein Vermögensstück betrachtet, das durch die Schuldübernahme (d. h. den Vertrag zwischen A und N, wonach dieser die Schuld des A an T übernehmen zu wollen erklärt) in das Vermögen des Schuldübernehmers ebenso übergehe, wie eine Forderung durch Cession in das Vermögen des Cessionars; wenn er demgemäß den Satz aufstellt, „Schuldübernahme ist Zahlung,“ so kann ich diese Anschauung nicht teilen. Ich vertrete zwar auch mit Entschiedenheit die Ansicht, daß die Cession einer Forderung wirklich einen Akt der Vermögensübertragung bilde. Auch ist es richtig, daß innerhalb des Verkehrs mit Forderungsrechten die Schuldübernahme praktisch in umgekehrter Richtung eine ähnliche Rolle spielt wie die Cession; daß sie nämlich dazu dient, eine Art passiver Übertragung der Obligationen zu erzielen, und daß sie in diesem Sinne als eine „passive Cession“ bezeichnet werden kann. Aber für die juristische Konstruktion des Verhältnisses ist dieser Begriff unanwendbar. Die Cession gestaltet sich zur Vermögensübertragung dadurch, daß der bisherige Gläubiger im Augenblicke der Cession aufhört, Gläubiger zu sein, und seine Rechte auf den Cessionar übergehen. Es ist dies möglich, weil die Forderung ein Recht ist, und ich auf Rechte zu Gunsten eines andern verzichten kann. Der Cedent verzichtet mittelst der Cession auf seine Forderung zu Gunsten des Cessionars. Eine Schuld dagegen kann nicht in gleicher Weise Gegenstand einer Übertragung sein, aus dem einfachen Grunde, weil ich eine Verpflichtung nicht einseitig von mir abwälzen kann. Trotz der Schuldüberweisung[6]) bleibt der bisherige Schuldner Schuldner, und muß es bleiben, weil sonst die Rechte des Gläubigers beeinträchtigt würden. Damit

---

6) Schuldüberweisung und Schuldübernahme bezeichnen ein und dasselbe Rechtsgeschäft, je nach dem Standpunkt des bisherigen oder des neu eintretenden Schuldners.

ist, wie mir scheint, die Auffassung der Schuldüberweisung als Übertragung eines (negativen) Vermögensobjekts juristisch unmöglich geworden.

In der That ist die in einem Vertrag vorkommende Schuldübernahme nicht „Erfüllung dieses Vertrags," nicht „Zahlung," sondern ein Schuldversprechen, ein Stück der kraft des Vertrags eingegangnen Obligation. Wenn der Käufer N in dem Kaufvertrag auf den Kaufpreis eine bestimmt bezeichnete Darlehnsschuld des Verkäufers A an T zu übernehmen erklärt, so wird mittelst dieser Übernahmeerklärung ein Teil des Kaufgelds nicht, wie Delbrück meint, abgetragen, sondern nur in einer besondern Form zu zahlen versprochen. Es ist meines Erachtens völlig unerfindlich, daß in dieser Beziehung ein Unterschied bestehe, ob N bloß „die Schuld übernommen," oder ob er auch noch „Zahlung derselben versprochen" habe. Die Übernahme der Schuld ist ein Versprechen, die Schuld zu zahlen, sowie das Versprechen, die Schuld zu zahlen, eine Schuldübernahme ist. Daß der Schuldübernehmer der baren Zahlung auch jede andre Art der Befreiung des Schuldners, wenn er sie vom Gläubiger verlangen kann, substituieren darf, versteht sich von selbst. Allein der reelle Inhalt seiner Verbindlichkeit bleibt doch immer die Summe, die er als Schuld übernommen hat; wie denn auch nur in der Barzahlung dieser Summe das Mittel liegt, von dem Gläubiger selbst wider seinen Willen die Befreiung des ursprünglichen Schuldners zu erwirken. Der Käufer N, der eine Schuld des Verkäufers A an T übernimmt, bleibt ein Stück Kaufpreis schuldig; schuldig dem A, zahlbar an T auf dessen Forderung wider A, klagbar von beiden, von A kraft eignen Rechts, von N kraft abgeleiteten Rechts aus der Person des A. Ob jene Form der Zahlung (an T) der einseitigen Abänderung des A unterliege oder nicht, hängt davon ab, ob dieselbe ausschließlich im Interesse des A, oder zugleich auch im Interesse des N bedungen ist. Im erstern Falle bildet die Vertragsbestimmung, an T zu

zahlen, nur eine einfache Anweisung, die der Anweisende jederzeit zurücknehmen kann. Sein Recht dazu gründet sich darauf, daß überhaupt jeder Schuldner die Erhebung der Zahlung durch eine beliebig vom Gläubiger bestimmte Person (einen Bevollmächtigten ꝛc.) sich gefallen lassen muß. Im letztern Falle dagegen bildet die Zahlung an T einen unwiderruflichen Teil der lex contractus.

So liegt namentlich die Sache, wenn der Käufer auf den Kaufpreis eine Schuld übernimmt, die zugleich hypothekarisch auf der verkauften Sache haftet. Es versteht sich von selbst, daß der Verkäufer diese Bedingung des Vertrags nicht einseitig widerrufen kann.

Aus der Schuldübernahme erwirbt nun zunächst der Schuldüberweiser A einen Anspruch darauf, daß der Schuldübernehmer N ihn von der Schuld befreie. Vermag dies N nicht durch Abschluß eines Rechtsgeschäfts mit dem Gläubiger T, so muß er die Befreiung durch Abtragung der Schuld bewirken. N hat jedoch die Schuld nur nach den für diese bestehenden Modalitäten abzutragen. Darnach kann es im Sinne der Schuldübernahme liegen, daß der N die Schuld erst abzutragen hat, wenn der Gläubiger sie kündigt oder sonst die Zeit der Abtragung eingetreten ist. Ob unter Umständen A von N eine Sicherheitsleistung für die künftige Abtragung fordern kann, hängt von der allgemeinen Frage ab, inwieweit man wegen künftigen Leistungen Sicherstellung verlangen könne.

[Über § 41 des preußischen Gesetzes vom 5. Mai 1872 s. unten S. 87, 107.]

§ 8

Sehen wir auf die Stellung des Gläubigers T, so kann dieser unbekümmert um die Schuldüberweisung seine Forderung nach wie vor wider A verfolgen. Thut er das und zahlt A an ihn, so wird damit die Schuldüberweisung rückgängig; A kann *dann jedenfalls* die überwiesene Summe als wieder

disponibel gewordnen Teil seines Kaufgelds wider N in Anspruch nehmen.

T kann aber auch, auf die Schuldüberweisung eingehend, wider N klagen. Seine Klage ist keine andre, als die auch dem A zustehende, die er kraft der in der Schuldüberweisung liegenden Ermächtigung als in rem suam procurator des A anstellt. Stehen dieser Klage besondre Privilegien zur Seite, so kommen diese auch konsekutiv dem überwiesenen Gläubiger zu statten. Das eigne Forderungsrecht des T wider A kommt bei jener Klage nur insofern in Betracht, als durch dieses im Zweifel der materielle Umfang seines Klagrechts bestimmt wird.[7]) Einer prozessualischen Begründung dieses eignen Forderungsrechts und einer Beweisführung bedarf es nicht, wenn der bisher unterstellte Fall vorliegt, daß nämlich A die Schuld als eine anerkannt bestehende und quantitativ fest bestimmte dem N überwiesen hat.[8]) Es ist dann eine Summe zur Zahlung überwiesen, deren Bezeichnung als „Schuld" nicht mehr die Bedeutung hat, dem N ein Recht zu geben, sie als solche in Frage zu ziehen, sondern nur die

---

7) Man wird in dieser Beziehung davon ausgehen dürfen, daß die Schuldüberweisung ihrer praktischen Wirkung nach gewissermaßen ein Eintreten des Schuldübernehmers in das Schuldverhältnis, so wie es ist, anstrebt, sodaß sich hier wirklich der Begriff einer „passiven Cession" in gewisser Hinsicht praktisch erweist. Demgemäß sprach das Obergericht zu Kassel in verschiednen Sachen aus: daß, wer ein verzinsliches Kapital übernimmt, damit im Zweifel auch die Verzinsung verspricht; daß umgekehrt, wer eine unverzinsliche Schuld übernimmt, keine Zinsen zu zahlen braucht, ungeachtet der Kaufpreis (mittelst dem gezahlt werden sollte) gesetzlich zu verzinsen gewesen wäre; daß, wer eine betagte Schuld übernimmt, im Zweifel auch erst nach Eintritt der Fälligkeit zu zahlen braucht, ungeachtet bei der Überweisung von einer Betagung der Schuld nicht die Rede war. Desgleichen wird man annehmen dürfen, daß demjenigen gegenüber, der eine an Kündigungsfrist geknüpfte Schuld übernimmt, vor der Einklagung die Kündigung erfolgen muß.

8) Also z. B. „Käufer übernimmt auf den Kaufpreis ein Kapital von 500 Thalern nebst rückständigen fünfprozentigen Zinsen seit dem 1. Juli v. J., das der Verkäufer an T schuldet."

Pflicht, die an T zu bewirkende Zahlung auf die bezeichnete Schuld zu leisten.

Aus dem nämlichen Grunde darf in dem hier unterstellten Falle auch N Einreden wider den Bestand der ihm als feststehend bezeichneten Schuld (aus dem Verhältnis zwischen A und T) nicht weiter vorbringen.[9]) Dagegen muß sich T Einreden aus dem Rechtsverhältnis zwischen N und A gefallen lassen; eine unabweisbare Folge davon, daß ja T nur Rechte des A geltend macht.

Es kann aber auch eine Überweisung von Schulden in andrer Art, als der bisher unterstellten, erfolgen. N kann eine Schuld zur Zahlung überwiesen erhalten nicht als eine gewisse, sondern als eine solche, deren Existenz noch dahin gestellt bleibt; sie wird ihm überwiesen, insofern sie besteht.[10]) Eine derartige Schuldübernahme enthält es unter andern auch, wenn N „alle Schulden" des A, ohne nähere Bezeichnung, was für Schulden damit gemeint seien, übernimmt. In einem solchen Falle nun ist die Existenz einer Schuld des A Vorbedingung des Klagrechts des T wider N; und wenn daher T gegen N klagen will, so muß er nicht allein den Anspruch des A wider N auf Berichtigung der Schuld (die Schuldübernahme), sondern auch seine Forderung wider A darlegen und beweisen.[11])

Übrigens kann der hier besprochne Fall wiederum ver-

---

9) Der Schutz dagegen, daß nicht auf diese Weise eine ungegründete Forderung zur Realisierung gelange, liegt ja in dem Rechte des A, die Schuldüberweisung jederzeit zu widerrufen.

10) Also z. B. „Käufer übernimmt die Ansprüche der Elisabeth T., die diese an den Verkäufer auf 100 Thaler angeblich rückständige Erbgelder macht, zu befriedigen."

11) Das Verhältnis ist in hohem Maße dem Falle ähnlich, wo ein Gläubiger, dem eine Forderung verpfändet ist, diese zu seiner Befriedigung ausklagt. Er klagt zunächst aus der Forderung seines Schuldners und muß also natürlich diese darlegen. Er muß aber auch sein eignes Forderungsrecht und das für dieses begründete Pfandrecht darlegen, weil er nur dadurch zur Einklagung der andern Forderung legimitiert wird.

schieden thatsächlich gedacht werden. Die ungewisse Schuld kann übernommen werden an seine quantitativ bestimmte Leistung; z. B. es verspricht der Käufer N einen Kaufpreis von 1000 und übernimmt zunächst auf diesen „alle Schulden" des Verkäufers A. Hier ist die Frage, was Schuld sei, eine solche, die in fine finali nur den A, nicht den N berührt. Denn N braucht keinesfalls mehr als 1000 zu zahlen; was er aber davon nicht an Schulden bezahlt, muß er an A selbst zahlen. Die Frage, was „Schuld" sei, unterliegt deshalb auch der fortwährenden Disposition des A; dieser kann auch noch nach dem Kaufe diese oder jene Schuld anerkennen und dadurch für die Bezahlung derselben durch N Bestimmung treffen. Liegt eine solche Bestimmung des A nicht vor, so wird zwar, solange der Kaufpreis von 1000 noch nicht durch Zahlungen erschöpft ist, jeder Gläubiger des A wider N klagend auftreten und Zahlung seiner Forderung von letzterm begehren dürfen. Dieser wird aber wohl thun, dem A den Streit zu verkünden, dergestalt, daß dann A die Frage, ob eine Schuld bestehe, auszutragen hat.

Es kann aber auch die ungewisse Schuld als eine eben so ungewisse Leistung von seiten des Schuldübernehmers übernommen werden; z. B. der Käufer N erklärt, neben dem Kaufpreis von 1000 auch noch „alle Schulden" des Verkäufers A übernehmen zu wollen. Hier liegt gewissermaßen ein gewagtes Geschäft vor; N verspricht als eigentlichen Kaufpreis 1000 plus derjenigen (noch unbekannten) Summe, die sich als Betrag der Schulden des A herausstellen wird. Es stehen daher die Schulden des A auf Gefahr des N; in seinen Geldbeutel schlägt es ein, was als Schuld des A anerkannt wird, was nicht. Deshalb kann aber auch die Frage über Schuld oder Nichtschuld nur von ihm selbst ausgetragen werden. A kann darüber keine weitere Bestimmung üben. Eine Streitverkündigung des N an A wird deshalb bedeutungslos. Umgekehrt wird A, wenn er auf eine solchergestalt überwiesene Schuld von dem Gläubiger angegriffen wird, an

N den Streit zu verkündigen haben, weil dieser, wenn A die Schuld bezahlt, ihm zufolge der Übernahme, vorausgesetzt, daß die Schuld wirklich bestanden, ersatzpflichtig ist.

Daß in einem solchen Falle die oben (S. 71) als zulässig bezeichnete Klage des A auf Berichtigung der übernommnen Schuld (Liberation) abfällig wird, liegt in der Natur der Sache. A kann nicht verlangen, daß N die als ungewiß übernommne Schuld anders zahlt als auf Klage des T, die ja erst noch darüber, ob die Schuld überhaupt besteht, entscheiden soll. Auch eine besondre Sicherheit dafür, daß N den auftretenden Gläubigern gerecht werde, wird A nicht verlangen können, wenn er eine solche sich nicht besonders vorbehalten hat.[12])

§ 9

Das Klagerecht des T wider N wird ein unwiderrufliches, wenn T sich entweder von A den Anspruch auf Berichtigung der Schuld cedieren, oder von N Zahlung der Schuld versprechen läßt. Diese Rechtsgeschäfte brauchen aber nicht unter diesen förmlichen Namen geschlossen zu werden. Sie können sich in unscheinbare Formen verstecken. Sie liegen in jedem Vertrage, dessen erkennbare Absicht dahin geht, den Schuldübergang auch dem Gläubiger gegenüber zu einem vollendeten zu machen. Wenn A den T von der Schuldüberweisung benachrichtigt mit dem Ersuchen, sie zu genehmigen, so liegt darin das Angebot einer Cession; wenn

---

12) Ein Fall von Schuldübernahme dieser Art liegt vor bei dem Ankauf einer Erbschaft. Der Erbschaftskäufer übernimmt mit der Erbschaft die Erbschaftsschulden, so viele deren eben sind. Daher kann der Erbschaftsverkäufer nicht auf Bezahlung bestimmter Beträge als Erbschaftsschulden dringen. Er muß es abwarten, daß die Gläubiger auftreten, und muß bis dahin die Gefahr, auch noch selbst in Anspruch genommen zu werden, tragen. Dies besagt die l. 2 C. de hered. vend. (4, 39), aus der Delbrück mit Unrecht folgert, daß überhaupt der Schuldner wider den Übernehmer keinen Anspruch auf Liberation erheben könne.

N den T von der Schuldübernahme benachrichtigt mit dem Ersuchen, sie zu genehmigen, so liegt darin das Angebot eines Zahlungsversprechens; erklärt T seine Zustimmung, so geht das eine oder das andre Rechtsgeschäft vor sich.[13])

Durch die Cession des A an T wird A von seiner Schuld an T frei; er hat dafür seinen Anspruch wider N in solutum gegeben. Er haftet nur noch für die Existenz des cedierten Anspruchs. Dieser selbst ändert sich durch die Cession nicht. Die Klage des T wider N ist nach wie vor die Klage aus dem zwischen A und N geschlossenen Rechtsgeschäft, bei dem die Schuldübernahme vorgekommen. N kann nach wie vor alle diesem Rechtsgeschäft gegenüber begründeten Einreden dem T entgegensetzen.

Durch das Zahlungsversprechen des N an T geht die Schuldübernahme auf das Gebiet der Expromission über. T gewinnt dadurch eine neue selbständige Klage wider N. Materiell verfolgt freilich T seine alte wider A ihm zustehende Forderung. Formell aber liegt als Grund der Verfolgung derselben wider N dessen Zahlungsversprechen vor. Einreden aus seinem Verhältnis zu A kann N nach dem Schuldversprechen dem T nicht weiter entgegen setzen. Hat er sine causa versprochen, so kann er sich nur an A halten.

Die Frage, ob A durch das Zahlungsversprechen des N frei wird, hängt davon ab, in welchem Sinne dieses gegeben ist. Es kommt hier die l. 8 C. de novat. zur Anwendung. Dabei darf man aber nicht vergessen, daß es gerade Zweck

---

13) Fragen läßt sich noch, welches von beiden Rechtsgeschäften anzunehmen, wenn T zu dem von A und N abgeschlossenen Vertrage zugezogen wird und seine Zustimmung in einer Form erklärt, die nicht präzis auf ein oder das andre jener beiden Rechtsgeschäfte hinweist; wenn es also z. B. am Schlusse des zwischen A und N schriftlich abgeschlossenen Vertrags heißt: „Der mitunterzeichnete T tritt diesem Vertrage bei.“ Im Zweifel wird man annehmen dürfen, daß damit dem Dritten ein Zahlungsversprechen des Schuldners habe erteilt werden sollen.

der Schuldübernahme ist, daß A von der Schuld frei werden soll; und wenn daher T dem N gegenüber die „Schuldübernahme“ ausdrücklich und ohne Vorbehalt genehmigt, so muß er damit auch als in jenen praktischen Zweck, die Befreiung des A, einwilligend angesehen werden.

Dagegen liegt meines Erachtens eine Befreiung des A nicht schon darin, daß T von N Zins- oder Abschlagszahlungen annimmt[14]); auch nicht darin, daß er gegen N aus der Schuldübernahme Klage erhebt und wider ihn eine Verurteilung erwirkt[15]); wenn gleich durch letztere sein Recht wider N gleichfalls zu einem unwiderruflichen wird.

Durch die Schuldübernahme entstehen zwei Verhältnisse, die Korrealobligationen sehr ähnlich sehen, indem einerseits zwei Gläubiger eines Schuldners, andrerseits zwei Schuldner eines Gläubigers bestehen. Der Anspruch auf Berichtigung der übernommnen Schuld wider N kann sowohl von A als von T verfolgt werden. T kann sich wegen seiner Forderung sowohl an seinen ursprünglichen Schuldner A als an den

---

14) Der Gläubiger muß sich ja Zahlung seiner Forderung auch von Dritten gefallen lassen. Wie kann daraus, daß er dies thut, etwas zu seinem Nachteil gefolgert werden?

15) Zwar besagt l. 2 C. de pactis (2, 3), daß, wenn der Erbschaftsgläubiger den Erbschaftskäufer verklagt und dieser sich auf die Klage eingelassen habe, darin stillschweigend ein Vertrag liege, der den Erben gegen jene schütze. Indessen ist es bedenklich, dieser Stelle eine allgemeine Bedeutung zu geben. Der Gläubiger, der zunächst den Dritten belangt hat, kann sagen: „ich habe nur versuchen wollen, ob ich auf diese Weise zu meinem Gelde komme; und daß ich dabei von der Schuldenüberweisung Gebrauch gemacht, präjudiziert mir nicht, da es ohne Zweifel meinem Schuldner lieber sein mußte, wenn ich mich nur versuchsweise zunächst an den Überwiesenen hielt, als wenn ich mich lediglich an ihn selbst gehalten hätte.“ — Aus dem nämlichen Grunde wird auch der Gläubiger nicht gehindert sein, zunächst den überwiesenen Dritten auszuklagen, wenn er auch ausdrücklich verweigert hat, den Schuldner auf die Schuldüberweisung hin frei zu geben.

Schuldübernehmer N halten. Es liegt auf der Hand, daß eine umfassende Untersuchung darüber, wie diese neben einander stehenden Ansprüche, namentlich in ihren Erlöschungsgründen, auf einander wirken, von großer praktischer Bedeutung ist. Ein Eingehen hierauf würde jedoch das Ziel dieses Aufsatzes überschreiten, und ich muß mich deshalb darauf beschränken, auf das reiche Gebiet der hier sich entwickelnden Fragen nur hinzuweisen.

Die Schuldübernahme in Verbindung mit der Cession gewährt ein praktisches Mittel, um ganze Vertragsverhältnisse, aus Rechten und Verbindlichkeiten gemischt, gewissermaßen zu übertragen. Die Rechte gehen durch Cession über, den Übergang der Verbindlichkeiten vertritt die Schuldübernahme. Wenn A an N sein Haus verkauft, das er noch auf drei Jahre an T vermietet hat, und beim Verkaufe ausgemacht wird, „daß N in das Mietverhältnis mit T eintrete," so heißt das: A cediert dem N seine Ansprüche, N übernimmt aber auch die Verbindlichkeiten des A aus dem Mietvertrage. Darnach kann N an T und T sich an N halten, gerade so, als ob N selbst der Vermieter wäre. Auch bei Übertragung ganzer Vermögensbestände „mit Aktivis und Passivis" ist es das Institut der Schuldübernahme, das den „Übergang der Passiva" zu einer praktischen Realität gelangen läßt. Nicht allein persönliche, sondern auch dingliche Belastungen können auf diese Weise thatsächlich übertragen werden. Wenn der Eigentümer von Grundstücken, auf denen insgesamt ein Auszug haftet, einen Teil dieser Grundstücke verkauft mit der Bestimmung, daß die Auszugslast ganz auf die verkauften Grundstücke übergehe, so kommen für diesen Übergang die hier dargestellten Grundsätze in Anwendung; dergestalt, daß die verkauften Grundstücke zu Gunsten der in der Hand des Verkäufers zurückgebliebnen belastet erscheinen und hiernach der Auszugsberechtigte unmittelbar an den Käufer wegen seines ganzen Auszugs sich halten kann. — So bildet das Institut der Schuldübernahme einen wesentlichen, ja unentbehrlichen Be-

ſtandteil unſers heutigen, die Mobilität der Forderungsrechte vorausſetzenden Verkehrs und eine der häufigſten Erſcheinungen des modernen Rechtslebens.

— — —

Es ſei mir vergönnt, gleichſam zur Rechtfertigung des Standpunkts, von dem dieſer Aufſatz geſchrieben iſt, hier am Schluß einige allgemeine Bemerkungen hinzuzufügen.

Man könnte einem Verſuche, wie er hier vorliegt, ein Stück Recht der Praxis theoretiſch zu geſtalten, vielleicht mit dem Vorwurf des Willkürlichen entgegentreten. Zunächſt deshalb, weil das Inſtitut, von dem wir geredet, in der ihm hier gegebnen umfaſſenden Bedeutung den Rechtsbüchern unbekannt iſt. Es handelt ſich hier um die Frage, inwieweit man überhaupt der Praxis den Beruf einräumt, das Recht fortzubilden. Es fragt ſich, ob man das, was ſich in engem Anſchluß an römiſche Grundlagen ſeit Jahrhunderten durch den Drang des Rechtsbewußtſeins aus den Anſchauungen der Juriſten und den Ausſprüchen der Gerichte aufgebaut hat, wieder umſtürzen will, um vermeintlich dem Satze zu genügen: Legibus, non exemplis judicandum est. Ich möchte bezweifeln, daß dergleichen Beſtrebungen wohl angebracht ſeien. Die Lehre, daß z. B. der Pachter, dem der Verpachter beim Gutsverkauf das Recht, in der Pacht zu bleiben, vorbehalten hat, gleichwohl, wenn es dem Käufer beliebt, abziehen müſſe, und das Rechtsverhältnis in zwei Entſchädigungsanſprüche, des Pachters wider den Verpachter und des letztern wider den Käufer, ſich auflöſe, weil eine allgemeine deutſche Praxis für das Recht des Pachters aus dem Vertrage des Verpachters ſich nicht nachweiſen laſſe, — dieſe Lehre erſcheint mir zu ungeſund, als daß ſie, einmal überwunden, wieder zurückkehren könnte. Die Praxis, das bin ich überzeugt, wird an ihren Errungenſchaften feſthalten. Und glücklich, wenn ſie mindeſtens hierzu die Kraft findet.

Aber, wird man vielleicht ſagen, das hier Vorgetragne

entspricht ja nicht einmal ganz der „Praxis." Für manches lassen sich positive Aussprüche namhafter deutscher Gerichtshöfe nicht nachweisen. Andres steht sogar mit den in den Gerichten kursierenden Sätzen in Widerspruch. Woher denn hierfür die Rechtfertigung? — Ich antworte: es fragt sich vor allem, was man unter „Recht der Praxis" versteht. Versteht man darunter nur dasjenige, was in den Erkenntnissen der Gerichte äußerlich zu Tage tritt, dann ist freilich eine Behandlung dieses Rechts, wie die hier versuchte, eine willkürliche. Dann sind Sammlungen und Aufsätze, deren Verfasser nur die Gerichtsentscheidungen wörtlich oder paraphrasiert wiedergiebt, sonst sich aber jedes Selbstdenkens entschlägt, allein als mustergiltige Behandlung jenes Rechts anzuerkennen. Aber so wie die Pflanze in der Tiefe noch eine Wurzel hat, aus der sie kraft innerer Triebkraft organisch hervortritt, so liegt auch hinter den gerichtlichen Entscheidungen, die eine „Praxis" bilden, noch etwas Tieferes, ein Reich des Gedankens. In dieses einzudringen, dieser Aufgabe kann sich selbst der nicht entschlagen, der sich rein auf den praktischen Beruf beschränkt, wenn er anders den täglich sich neu darbietenden Erscheinungen, die doch nach dem „Recht der Praxis" beurteilt sein wollen, genügen will. Wer aber in jenes Reich wahrhaft eindringt, wer auf diese Weise sich das „Recht der Praxis" geistig rekonstruiert, der wird unwillkürlich dahin gelangen, einzelne Erscheinungen der Praxis als unvollkommne oder fehlerhafte Gebilde zu erkennen[16]); zu erkennen kraft der Konsequenz des Gedankens, kraft derselben Triebkraft, die in der Praxis selbst sich bildend erwiesen hat, und die ihm ja keine fremde ist, sondern auch in ihm lebt und webt. So kann der, der in einzelnen Beziehungen mit Sätzen der Praxis in Widerspruch tritt,

16) Es entstehen solche am häufigsten dadurch, daß ungenaue Entscheidungsgründe, die zu richtigen Entscheidungen gegeben sind, später von diesen Entscheidungen getrennt und selbständig benutzt werden.

diese gewissermaßen aus sich selbst heraus zu reformieren sucht, gleichwohl ein echtes, ja ein weit besseres Kind der Praxis sein als solche, die nur hergebrachte Sätze weiter tragen und eine Entscheidung immer der andern schablonenmäßig nachbilden.

Was der Einzelne in unmittelbar praktischer Thätigkeit thun darf, das wird ihm nicht verwehrt sein im Wege allgemeiner wissenschaftlicher Erörterung. Der Richterstuhl ist nicht ein pythischer Dreifuß, wo man kraft besondrer Begeisterung das Richtige fände; das Richtige baut sich nur auf aus der Kraft des Gedankens. Der Gedanke aber vervollkommnet sich, wenn er aus dem Besondern zu dem Allgemeinen hinaufsteigt. Der Vorwurf, daß der Einzelne auf diese Weise „das Recht machen wolle," trifft schon deshalb nicht zu, weil er das nicht kann. Er kann nur wirken durch die Kraft der Überzeugung; dadurch, daß in dem, was er ausspricht, seine Fachgenossen das wiedererkennen, was in seinen konsequent abgeleiteten Resultaten ihrem eignen praktischen Rechtsgefühle entspricht. Kein Verständiger wird dabei Unfehlbarkeit in Anspruch nehmen. Es gilt ja hier nur zu rechtfertigen, daß überhaupt über dergleichen Dinge wissenschaftlich gehandelt wird. „Gemacht" wird die Sache doch. Es fragt sich allein: soll das „Recht der Praxis" nur instinktmäßig, d. h. unklar, zusammenhanglos und lückenhaft, oder darf es auch entstehen kraft des seiner selbst bewußt gewordnen, zur theoretischen Durchbildung herangereiften Gedankens.

Aber es giebt auch noch eine andre Rechtfertigung für eine derartige Behandlung des Rechts der Praxis. Mehr als je ist neuerdings wieder von Kodifikationen des Rechts die Rede, deren Wert an sich hier dahingestellt sein mag. Jedenfalls aber werden diese das Recht der Praxis nicht unberücksichtigt lassen können. Soll nun dieses Recht in befriedigender Weise in die Gesetzbücher übergehen, dann ist es nötig, daß es zuvor zu einer wissenschaftlichen Durchbildung gelange. Denn nur der kann dem Recht in der Form

der Rechtsregel den einfachsten und vollkommensten Ausdruck geben, der es vollkommen theoretisch beherrscht. An jener Durchbildung fehlt es aber noch gar sehr, weil sie durch die einzelnen gerichtlichen Entscheidungen und die damit zusammenhängenden Arbeiten nur unvollkommen beschafft, im übrigen aber sich mit dem Rechte der Praxis nur wenig wissenschaftlich beschäftigt wird. Eine jede Arbeit dieser Art kann daher zugleich als Vorarbeit für eine etwaige Gesetzgebung gelten. Und wenn man deshalb von diesem Aufsatze sagen wollte, er sei de lege ferenda geschrieben, so würde ich darin keinen Vorwurf erblicken.

II [1])

§ 1

Vergleicht man, ohne unsre beiderseitige Lebensstellung zu kennen, unsre Ansichten, so könnte man auf den Gedanken kommen, ich sei der Theoretiker und Regelsberger der minder wissenschaftsbedürftige Praktiker. In meinen Augen ist die Klage, die aus einem „Vertrage zu Gunsten eines Dritten" diesem Dritten zusteht, noch immer die actio utilis, die in Fällen dieser Art die römischen Juristen gewähren, d. h. die Klage des ursprünglichen Kontrahenten, kraft einer fingierten Ermächtigung dessen auf den Dritten übertragen.

---

1) Die in diesem Aufsatze in Bezug genommnen Schriften sind:

a) 2. Band des von Endemann herausgegebnen Handbuchs des deutschen Handelsrechts: Abschnitt: „Die Handelsgeschäfte," erschienen 1882.

b) Regelsberger: Über die Verträge zu Gunsten Dritter und über die Schuldübernahme im Archiv für zivilistische Praxis 1884.

c) Meine Arbeit über denselben Gegenstand in den Jahrbüchern für Dogmatik u. s. w. Band 6 S. 131 ff. 1863.

d) Meine Arbeit in den von mir herausgegebnen „Urteilen des Reichsgerichts."

Die Schrift zu a ist mit (H. R.), die zu b mit (A.), die zu c mit (D. J.) und die zu d mit (M. R. G.) zitiert.

Was ich verteidige, ist also römisches Recht, freilich nicht das Recht der klassischen Zeit, sondern das Recht der spätern Entwicklung, die das römische Recht zu einem Weltrecht umgestaltete. Regelsberger dagegen verteidigt — ja was verteidigt er denn? Römisches Recht ist es nicht. Deutsches auch nicht. Es ist eine moderne Erfindung, die, soweit ich es überblicke, von Unger herrührt. Dieser stellte in einer Abhandlung von 1871 (Jahrbücher für Dogmatik, Band 10 S., 1 ff.) die Sätze auf: „1. Wird ein Vertrag zwar in eignem Namen, aber in der Absicht eingegangen, einem Dritten in seinem Interesse eine Schuldforderung oder Schuldbefreiung zu verschaffen, so ist der Vertrag zu Gunsten des Dritten geschlossen. 2. Aus einem solchen Vertrage erwirbt der Dritte den ihm zugedachten rechtlichen Vorteil unmittelbar und sofort; dieser kann ihm durch nachträgliche Übereinkunft der Vertragschließenden nicht wieder entzogen oder geschmälert werden.“ Die Begründung dieser ganz neuen Theorie begann mit den Worten (S. 55): „Das römische System des »disziplinierten Egoismus« ist nicht das unsre. Nach unsern ethischen Begriffen tritt zur Eigenliebe ergänzend und veredelnd die Nächstenliebe hinzu, die uns lehrt, an fremdem Schicksal den lebhaftesten Anteil zu nehmen, das fremde Interesse zu unserm eignen zu machen und es gleich dem unsrigen wahrzunehmen.“ So geht es noch länger fort. Ich halte solche Betrachtungen für wenig geeignet, Jurisprudenz zu schaffen. Ich bin der Ansicht, daß die römischen Juristen, wenn sie auch nicht in solchen Betrachtungen sich ergingen, doch in der Erkenntnis des wahrhaft Menschlichen uns überlegen waren. Und wenn auch die in der ersten Heranbildung ihres Rechts von ihnen aufgestellten Grundsätze mitunter an einer gewissen Engherzigkeit litten, so waren dieselben doch einer dem praktischen Bedürfnisse entsprechenden vorsichtigen Weiterbildung fähig und haben diese in den meisten Lehren wirklich gefunden.

Natürlich ist es mir auch in dieser Lehre um das römische Recht nicht um seiner selbst willen, sondern nur deshalb zu

thun, weil dessen Rechtsbildung auch noch heute unsern Bedürfnissen entspricht. Die Schule, worin ich das gelernt habe, ist eine zweiundvierzigjährige richterliche Thätigkeit, bei der mir wohl hunderte von Verträgen zu Gunsten Dritter durch die Hände gegangen sind. Ich weiß nicht, ob Regelsberger gleiches von sich sagen kann, ob er namentlich schon öfters vor die Entscheidung der Rechtsfragen gestellt gewesen ist, zu denen solche Verträge im wirklichen Leben führen. Sollte er die Dinge nur aus Büchern kennen, so glaube ich, daß sie ihm doch nicht in voller Lebendigkeit entgegengetreten sind.

§ 2

Wie Regelsberger richtig bemerkt, kommt es zunächst auf die Begriffsbestimmung des Gegenstandes an, über den wir verhandeln. Schon vor zwanzig Jahren wies ich im Eingange meines Aufsatzes (D. J. S. 132) darauf hin, daß der Name „Verträge zu Gunsten Dritter" ein unglücklich gewählter sei, der viele beirre. Diese Beirrung erstreckt sich auch auf Unger und wiederum auf Regelsberger. Unger (S. 49) sagt ausdrücklich: wenn der Disponent in seinem Interesse die Leistung an einen Dritten ausbedungen, so sei es kein Vertrag in favorem Tertii. Und bei Regelsberger (A. § 9) tritt diese Ansicht in folgenden Worten auf: „Es grenzt an das lucus a non lucendo, wenn man da von einem Vertrage zu Gunsten eines Dritten spricht, wo nach der äußern Erscheinung des Geschäfts nicht eine Gunsterweisung, sondern ein Tauschhandel mit ihm beabsichtigt ist, wo der Erwerb des Dritten die Eigenschaft eines Entgelts für das von ihm zu bringende Opfer hat." Demgemäß schließt Regelsberger die „privative Schuldübernahme (wohl zu unterscheiden von der kumulativen)" von den Verträgen zu Gunsten Dritter aus. Meinerseits verstehe ich unter dem Vertrag zu Gunsten eines Dritten einen solchen Vertrag, durch den jemand eine Leistung sich[2]) ausbedingt, die er durch den Vertrag selbst einem Dritten

2) Das, was dieses „sich ausbedingen" charakterisiert, ist der Um-

zuweiſt.[3]) Bedingt jemand nicht ſich, ſondern unmittelbar dem Dritten eine Leiſtung aus, ſo iſt dies entweder ein rechtlich bedeutungsloſer Akt, oder es iſt ein Vertrag in Vertretung des Dritten geſchloſſen.[4]) Das Intereſſe, das der Disponent hat, die ſich ausbedungne Leiſtung dem Dritten zuzuweiſen, kann jeder möglichen Art ſein. Es kann in dem Wunſche liegen, dem Dritten eine Wohlthat zu erweiſen. Aber für das Weſen des Vertrags iſt dies völlig gleichgiltig. Bei dem Frachtgeſchäft, in dem ja auch Regelsberger (H. R. § 250, S. 22 u. A. § 3) einen Vertrag zu Gunſten Dritter erkennt, iſt es für die hieraus ſich ableitende Klage des Adreſſaten wider den Frachtführer auf Aushändigung des angelangten Gutes ganz einerlei, ob der Abſender dem Adreſſaten dieſes Gut als Geſchenk oder als Kommiſſionsgut oder als eine geſchuldete Ware überſendet. Ebenſo iſt die Klage aus der Lebensverſicherung ganz die nämliche, mag der Verſicherte ſie genommen haben, um Frau und Kinder damit zu verſorgen, oder um ſie einem Gläubiger für ein Darlehn zu verpfänden.

ſtand, daß die Kauſalbeziehung des Verſprechens in dem Verhältnis des Verſprechenden zum Verſprechensempfänger gelegen iſt. (Vgl. D. J. S. 136.) Windſcheid (Pand. S. 316 Note 3) findet, daß durch dieſe Formulierung das Verſtändnis nicht gefördert werde. Ich bedaure das, weiß aber keine beſſere.

3) Ich weiß ja: omnis definitio periculosa. Auch die obige Definition wird vielleicht einen Zipfel bieten, woran man ſie faſſen und zauſen kann. Wer ſie aber verſtehen will, wird ſie verſtehen.

4) Ich habe dies ſchon in meinem ältern Aufſatze (D. J. S. 133) anſchaulich darzulegen geſucht. Auf dieſer Anſchauung beruht es auch, daß ich (U. R. G. S. 79 f.) in l. 15 pr. D. de pign. act. nicht den Fall eines Vertrags zu Gunſten Dritter, ſondern den Fall einer in Vertretung geſtellten Vertragsbedingung gegeben finde. Der verkaufende Pfandgläubiger, der dem Schuldner die Wiedereinlöſung des Pfandes vorbehält, an der er ſelbſt kein Intereſſe hat, handelt nur als neg. gestor des Schuldners. Daß er den Pfandverkauf ſelbſt im eignen Intereſſe vornimmt, ſteht dem nicht entgegen, wie ſich klar ergeben würde, wenn er z. B. unter Kundgebung eines ausdrücklichen Auftrags des Schuldners jenen Vorbehalt ſtellte.

Und es würde dies auch dann eintreten, wenn bei der Verfrachtung oder der Versicherungsnahme dieser Zweck eines „Tauschhandels“ in die „äußere Erscheinung“ getreten wäre.

Bei dem Vertrag zu Gunsten Dritter, sagt Regelsberger, erzeugt nun ein Rechtsgeschäft zwei Vermögenszuwendungen, eine Vermögenszuwendung des Versprechenden an den Versprechensempfänger, und eine des Versprechensempfängers an den Dritten (A. § 2). Mit der erstern „Vermögenszuwendung“ bin ich einverstanden. Was aber die zweite „Vermögenszuwendung“ betrifft, so wollen wir ja über Worte nicht streiten; und wenn Regelsberger darin schon, daß dem Dritten aus dem Vertrag eine Klage erwächst, eine „Vermögenszuwendung“ erblickt, so mag es darum sein. Aber eine Vermögenszuwendung im eigentlichen Sinne, ein vollendeter Erwerb (acquisitio) des Dritten, liegt nicht schon in dem Vertrage. Und wenn sich dafür Regelsberger auf den Ausspruch der l. 56 de solut. beruft: qui mandat solvi, ipse videtur solvere, so möchte ich ihn fragen: glaubt er denn wirklich, daß diese Stelle schon das mandatum solvendi dem ipse solvere gleichstelle? Ich halte es für unzweifelhaft, daß Paulus nicht das mandatum solvendi, sondern erst die infolge dieses Mandats geleistete Zahlung (oder ein Geschäft, das ihr gleichsteht) als Ersatz der eignen Zahlung hat bezeichnen wollen, und daß deshalb auch erst mit dieser die Vermögenszuwendung sich vollendet. Das Mißverständnis, das in der Bezugnahme auf diese Stelle liegt, geht aber durch die ganze Lehre Regelsbergers hindurch.

§ 3

Ein Hauptsatz, den Regelsberger im Gegensatz zu mir aufstellt und lebhaft verteidigt, besteht darin: beim Vertragsabschluß müssen die Kontrahenten die Absicht haben, daß der Dritte ein Recht erwerben solle. Auch hier möchte ich fragen: was heißt Absicht? Versteht man darunter, daß die Kontrahenten die Absicht haben müssen, daß das, was sie unter

einander ausbedingen, an den Dritten geleistet werden soll, so ist das richtig; diese Absicht ergiebt sich aber von selbst. Versteht man darunter, daß man von dem, der einen Zweck — die Leistung an den Dritten — will, annehmen darf, daß er vernünftigerweise auch das Mittel zu diesem Zweck — die Klage des Dritten auf die Leistung — wolle: so ist auch hiergegen nichts zu sagen; aber auch diese „Absicht" ergiebt sich von selbst. Versteht man aber unter der Absicht das bewußte Wollen, daß der Dritte berechtigt sein solle, aus dem Vertrage, wo nötig, Klage zu erheben, so wird eine solche Absicht — wenn die Handelnden nicht etwa Juristen sind, die die angeregte Kontroverse im Kopfe haben — niemals vorhanden sein.[5]) Ja man kann sagen, daß Verträge zu Gunsten Dritter sich gerade dadurch charakterisieren, daß aus ihnen der Dritte eine Klage erhält, obgleich die Absicht, ihm ein Recht zu erwerben, nicht obgewaltet hat, mindestens nicht zum Ausdrucke gekommen ist. Ein mit der ausgedrückten Absicht des Rechtserwerbs für den Dritten abgeschlossener Vertrag ist ein in Stellvertretung des Dritten abgeschlossener Vertrag. Wäre die Sache wirklich so, wie Regelsberger sie darstellt, daß Verträge, durch die eine Leistung an Dritte bedungen wird, bald mit der Absicht, bald mit der Nichtabsicht, „dem Dritten ein Recht zu erwerben," geschlossen würden, so müßten doch die Kontrahenten auch sich bewußt sein, daß, wenn sie nichts hierüber sagten, daraus Zweifel entstehen können; und dies müßte sie veranlassen, die Absicht oder Nichtabsicht ausdrücklich in den Vertrag hinein-

5) Es sei hier gleich bemerkt, daß, wenn ich hier und im weitern davon rede, daß etwas „nicht vorkomme," ich dabei die natürlichen Menschen als handelnde im Sinne habe. Tritt ein Jurist dazwischen, und macht dieser die Sachen zurecht, so ist ja alles möglich. Übrigens stehen selbst Juristen, wenn sie im wirklichen Leben handeln, dergestalt unter der Herrschaft des natürlich Menschlichen, daß sie mitunter ihre Jurisprudenz vergessen. Daher kommt es, daß man ihnen oft nachsagt, sie verständen ihre eignen Angelegenheiten nicht zu ordnen.

zusetzen. Hat nun Regelsberger jemals einen solchen Vertrag gesehen, worin die Kontrahenten gesagt hätten, es sei auch dabei ihre Absicht, dem Dritten ein Recht zu erwerben? Solche Verträge wird man schwerlich finden. Woher kommt das? Weil es niemand einfällt, wenn er einen solchen Vertrag abschließt, über die daraus für den Dritten erwachsenden prozessualischen Rechte zu philosophieren.

Die gesetzlichen Bestimmungen, die die Klagberechtigung des Dritten anerkennen, ohne nach der Absicht der Kontrahenten zu fragen — Art. 405 des H.-G.-B. und § 41 des preußischen Gesetzes über Grundeigentum — erklärt Regelsberger daraus, daß sie den „regelmäßigen Fall" vor Augen haben. Sagen wir lieber den „ständigen Fall"! Allerdings mit der Ausnahme, die ich bereitwillig zugebe, daß etwa die Kontrahenten das Gegenteil ausdrücklich ausgemacht hätten. „Gewiß lag die Absicht des Gesetzgebers fern," sagt Regelsberger (A. § 3), „die Klagbefugnis dem Empfangsbestimmten auch im Widerspruch mit einer entgegengesetzten Willenskundgebung der den Frachtvertrag schließenden Personen zuzusprechen." Gewiß! Hat aber Regelsberger schon einmal einen solchen Frachtvertrag gesehen? Auch die unterstellte Klausel eines Kaufvertrags über Grundeigentum, wonach der Erwerber erklärt, „zwar die Hypothek auf das Kaufgeld anrechnen, aber eine persönliche Verbindlichkeit dem Gläubiger gegenüber nicht übernehmen zu wollen," zitiert Regelsberger vorläufig nur nach der Fiktion eines „bewährten Kommentators." Käme sie wirklich vor, so würde sie ohne Zweifel wirksam sein.[6])

6) Eine Klausel in der vorgedachten Fassung würde übrigens dem Käufer nicht viel nützen. Denn wenn auch darnach der Gläubiger nicht mit der persönlichen Klage wider ihn auftreten könnte, so würde er doch der persönlichen Klage des Verkäufers auf Abtragung der vollen Schuld unterworfen bleiben. Allerdings kann es im Interesse und in der Absicht des Käufers liegen, überhaupt nicht persönlich (d. h. nicht mit seinem ganzen Vermögen, sondern nur mit dem erkauften, hypothekarisch belasteten

Der mißlichen Thatsache, daß Verträge der fraglichen Art über die „Absicht, dem Dritten ein Recht zu erwerben," niemals etwas enthalten, sucht Regelsberger damit zu begegnen, daß er sagt, „es genüge, wenn diese Absicht aus den Umständen erhelle. Die Umstände können von der Art sein, daß die Behauptung und der Beweis einer Partei, sie habe einen Rechtserwerb nicht im Auge gehabt, keine Berücksichtigung finden." (A. 84.) Ja, wenn nun auch keine „Umstände" da sind? Was dann? Diese Frage muß ich um so mehr stellen, als dies der regelmäßige Fall sein wird. In einem Gutsansatzvertrag heißt es: der Ansatzpreis wird in der Art berichtigt, daß der Gutserwerber die und die Schulden übernimmt, und die und die Erbgelder an die Geschwister zahlt. Weiter steht nichts im Vertrage, was auf eine „Absicht" oder „Nichtabsicht" schließen ließe. Haben nun die Gläubiger und die Geschwister eine Klage gegen den Gutserwerber oder nicht? In einem Vertrage über Geschäftsübergabe heißt es: „A übernimmt von dem und dem Tage an das Geschäft des B mit allen Aktiven und Passiven." Alles übrige ist ohne Bedeutung. Haben nun die Geschäftsgläubiger des B eine Klage wider A oder nicht? Über solche Fragen muß man sich doch entscheiden! Gerade die Art und Weise, wie Regelsberger die letztere Frage bespricht, zeigt, daß auch seine „Vermutung aus den Umständen" seiner Lehre noch keinen Halt giebt. Weil die Gerichte — leider — über diese Frage geschwankt haben, behandelt auch er sie mit Achselzucken (A. § 4). An und für sich ist ihm die Sache sehr bedenklich. Es könne ja aber vielleicht ein Handelsgewohnheitsrecht bestehen, das eine dem Gläubiger zustehende Klage wider den Übernehmer der

---

Grundstücke) für die Schuld zu haften; und es stände nichts entgegen, daß in diesem Sinne der Vertrag abgeschlossen würde. Für einen Vertragsabschluß dieser Art haben wir jedoch zur Zeit keine unserm Geschäftsleben geläufige Vertragsform. Sie würde z. B. hergestellt werden, wenn in dem Kaufbriefe der Verkäufer den Kaufpreis als durch die Übernahme der Hypothek „gezahlt" quittierte.

Passiva anerkenne, oder es könne die Verpflichtung gegen den Gläubiger so sehr in der Verkehrssitte begründet sein, daß man im Zweifel dieselbe als gewollt annehmen müsse. Aber wie soll denn ein solches „Handelsgewohnheitsrecht“ oder eine solche „Verkehrssitte“ zur Geltung kommen? Jeder ehrliche Kaufmann wird ohne Zweifel der Ansicht sein, daß der, der ein Geschäft mit Passiven übernimmt, auch diese Passiven bezahlen müsse. Aber die Entscheidung der Frage, ob eine Klage des Gläubigers deshalb stattfindet, liegt gar nicht in den Händen des Kaufmannsstandes, sondern in den Händen der Gerichte. Und wenn nun ein unehrlicher Kaufmann sich auf eine Schuld dieser Art verklagen läßt, und die Gerichte aussprechen, daß eine Klage nicht zulässig sei, weil „eine Absicht, für die Gläubiger ein Recht zu erwerben, nicht erkennbar sei,“ was ist denn da zu machen?

Gerade in dem Schwanken der Praxis über diesen häufigsten und wichtigsten Fall zeigt sich so recht das Unbefriedigende der von der Theorie aufgestellten Lehre. In einer Reihe von Fällen hatte das R.-O.-H.-G. die Belangbarkeit des Übernehmers der Passiva verneint. Da kam eine neue Sache; vielleicht in die Hand eines neuen Referenten. Dieser fand, daß hier ein Vertrag zu Gunsten Dritter vorliege, der, wenn die Absicht vorhanden, dem Dritten Rechte zu erwerben, eine Klage begründe. Die Frage der Absicht aber erledigte er durch die Annahme einer bejahenden „thatsächlichen Feststellung“ der Vorinstanz. Gewiß war ja diese Entscheidung in ihrem Resultat nur erfreulich. Aber mit was für Gründen mußte sie erkauft werden! Die „Absicht, dem Dritten Rechte zu erwerben,“ eine thatsächliche Feststellung! Aus welchen Thatsachen wäre der Richter wohl imstande, eine solche Absicht festzustellen? Und warum stellte man denn nicht in den frühern Fällen diese „Absicht“ thatsächlich fest? So wird es aber überall gehen. Der eine Richter wird im Drange seines gesunden praktischen Gefühles geneigt sein, stets die „Absicht“ anzunehmen; der andre wird stets sagen: „ich sehe eine solche

Absicht nicht"; der dritte wird nach Laune und Willkür verfahren. Einer hat so recht wie der andre. Denn ich bleibe dabei: die Erforschung einer solchen Absicht ist die Jagd nach einem Phantom. Unter der Herrschaft dieser Lehre kann sich nie eine gesunde Praxis entwickeln.

§ 4

Regelsberger führt noch einige Beispiele an, aus denen sich ergeben soll, daß doch nicht in allen Fällen bei Verträgen der fraglichen Art die Absicht, für den Dritten Rechte zu begründen, vorhanden sei. Wir wollen auch diese Fälle betrachten. Der erste Fall, den er anführt, ist der, daß bei einem Pferdehandel der Verkäufer für seinen Dienstknecht zwei Dukaten Douceur bedingt. Ich würde nicht den geringsten Zweifel haben, dem Dienstknecht auf ein solches Douceur, vorausgesetzt, daß es fest bedungen ist, einen Anspruch gegen den Verkäufer zu gewähren. An vielen Orten ist es üblich, den Lohn für eine Wagenfahrt in der Art zu bedingen, daß dafür „x Mark und das Trinkgeld" gezahlt werden muß. Steigt dann nach vollendeter Fahrt der Fahrgast aus, so fordert der Kutscher von ihm „sein Trinkgeld." Und wenn dann Regelsberger ihm auseinandersetzen wollte, daß er gar keinen Anspruch darauf habe, weil es nicht als Absicht seines Dienstherrn unterstellt werden könne, ihm ein Recht zu erwerben: so würde er wahrscheinlich in sehr ungehaltenen Worten Regelsberger eines bessern belehren.

Der zweite von Regelsberger angeführte Fall ist der, daß die Teilhaber eines Handelsgeschäfts verabreden, es sollen drei Prozent des Reingewinns ihres Geschäfts einem wohlthätigen Vereine zugewendet werden. Das ist aber gar kein Rechtsfall. Der bedachte Verein erhält schon deshalb kein Recht, weil jene Verabredung kein rechtlich bindender Vertrag ist. Wenn ich mit jemand verabrede, daß wir gemeinschaftlich einem Dritten eine Wohlthat erweisen wollen, so bindet mich das ebensowenig, als wenn ich mit ihm verabrede, gemeinschaftlich mit ihm ins Theater zu gehen.

Vielleicht liegt Regelsberger ein andrer Fall im Sinn; nämlich der, daß zwischen Vertragschließenden für gewisse Verletzungen des Vertrags eine Konventionalstrafe verabredet wird, die an eine Wohlthätigkeitsanstalt gezahlt werden soll. Hier würde allerdings nicht die Anstalt klagend auftreten können mit der Behauptung, der Verklagte habe durch die und die Handlung die Strafe verwirkt und müßte deshalb diese an sie bezahlen. Das hängt aber mit der Natur des vom Hauptkontrahenten erworbnen Rechts zusammen. Wer eine (an einen Dritten zu zahlende) Konventionalstrafe sich ausbedingt, erstrebt damit gar nicht einen Vermögenserwerb, sondern er will den andern von bestimmten Handlungen abhalten, dadurch, daß er die Machtbefugnis sich erwirbt, in Kontraventionsfällen ihm eine Geldbuße aufzulegen. Aber von dieser Machtbefugnis muß er erst Gebrauch machen, ehe der Dritte daraus ein abgeleitetes Recht geltend machen kann.

Eine ganz ähnliche Natur, wie dieser Fall, hat auch der von Regelsberger angeführte dritte Fall, nämlich der einer Wette, deren Ertrag an eine Wohlthätigkeitsanstalt gezahlt werden soll. Auch hier will der Gewinnende dem Verlierenden dafür, daß er Unrecht behält, eine Buße auflegen; und der, der diese Buße beziehen soll, kann sie nicht eher fordern, als der Wille des Gewinnenden, die Buße einzufordern, an den Tag gelegt ist.[7])

Wäre bei Verträgen dieser Art wirklich die auf den Dritten bezügliche „Absicht" das Entscheidende, so müßte hier also eine Nichtabsicht, dem Dritten Rechte zu erwerben, vorhanden sein. Die Kontrahenten werden aber hier ebensowenig daran denken, dem Dritten kein Recht zu erwerben, als in den andern Fällen an das Gegenteil. Auch der Ge-

---

7) Auf einem ähnlichen Gesichtspunkt beruht es, wenn l. 5 C. quae res pignori (8, 17) es für ungeeignet erklärt, spem eorum praemiorum, quae pro coronis athletis pensitanda sunt, zum Gegenstand eines Pfandrechts zu machen.

danke, daß in Fällen dieser Art eine Nichtabsicht obwalte, beruht also auf einer reinen Fiktion.

§ 5

Über den Rechtserwerb des Dritten stellt Regelsberger in Übereinstimmung mit Unger den Grundsatz auf, daß der Dritte aus dem zu seinen Gunsten geschlossenen Vertrag unmittelbar und selbständig ein Recht auf Erfüllung erwerbe. „Unmittelbar" erklärt er dahin, daß der Dritte das Recht ohne sein Zuthun erwerbe; und darin sind wir, vorausgesetzt nur, daß wir über das Wort „erwerben" (s. oben S. 85) uns verständigen, nicht verschiedner Meinung. „Selbständig" nennt er das Recht des Dritten, „weil es nicht das Recht des Versprechensempfängers sei, weder ganz noch teilweise." Weil ich für diese Art der Konstruktion kein Verständnis gewinnen kann, findet Regelsberger (A. § 6), daß ich an Obstruktion leide, und er wundert sich darüber um so mehr, da ich doch sonst vor dem Banne der Schuldoktrin zu warnen pflege. Regelsberger überschätzt ganz meine Fähigkeiten. Unwissenschaftliche Dinge sind für mich stets indigestibel gewesen.

Natürlich will ich auch hier nicht über Worte streiten; vielmehr kommt es mir nur auf die praktischen Fragen an, die sich an die mit jenen Worten dem Rechtserwerb des Dritten beigelegten Eigenschaften knüpfen. Die erste Frage würde die sein: kann das Recht aus dem Vertrage auch der ursprüngliche Versprechensempfänger oder kann es nur der Dritte geltend machen? Regelsberger bejaht das erstere (A. § 6), und zwar im Gegensatz zu Unger. Er fährt jedoch so fort: „Aber suum cuique: das Recht des Versprechensempfängers ist ein andres als das des Dritten. Zwar können beide Rechte sich inhaltlich decken, der Versprechensempfänger kann wie der Dritte einen Anspruch haben, daß der Versprechende an diesen leiste. Deswegen sind beide Ansprüche noch nicht eins; auch ist das Zusammentreffen nicht notwendig." Als Beispiel hierfür wird die Lebensversicherung angeführt, bei der nach

l. un. C. ut ab herede 4, 11 die Obligation erst mit dem Tode des Versprechensempfängers beginne. Ich bin nun mit Regelsberger einverstanden, daß neben dem Dritten auch der Versprechensempfänger aus dem Vertrage klagen kann, bin aber auch der Ansicht, daß beide Ansprüche rechtlich eins sind. Daß die römische actio utilis, die dem Dritten gegeben wurde, mit der actio des Hauptberechtigten rechtlich identisch war, wird wohl niemand bezweifeln. Aber auch heute ist es nicht anders. Natürlich kann der Versprechensempfänger, insofern ihm nicht ein einseitiger Widerruf zusteht, nicht auf Leistung an sich selbst, sondern nur auf Leistung an den Dritten klagen. Und wenn diese Leistung erst nach seinem Tode erfolgen soll, so kann er überhaupt nicht auf Leistung klagen. Nun bemerkt aber Regelsberger selbst bezüglich der Lebensversicherung — trotzdem er die Obligation daraus erst mit dem Tode beginnen läßt —, daß aus solcher unter Umständen doch auch schon der Versicherungsnehmer Klage erheben könne; so z. B. zur Wahrung der statutenmäßigen Rechte, desgleichen im Falle des Konkurses, wo er dann die Abfindung für sich einzuziehen befugt sei. Ich selbst habe als Beispiel angeführt, daß der Versicherungsnehmer eine Feststellungsklage bezüglich des Rechts aus der Versicherung würde erheben können (U. R. G. S. 81** u. S. 162). Wir sind also in der Sache eigentlich einverstanden. Ob aber bei dieser Sachlage, wonach z. B. der Versicherungsnehmer befugt ist, im Falle des Konkurses dem in der Versicherung benannten Dritten sein Recht vor den Augen wegzunehmen, es zur Klarstellung des Verhältnisses dient, das Recht des Dritten als ein „selbständiges" zu bezeichnen, scheint mir doch zweifelhaft.

Die Klage des Versprechensempfängers aus dem Vertrage zu Gunsten eines Dritten, die ja auch Regelsberger gestatten will, ist nun — darüber kann doch wohl nicht gezweifelt werden — die Klage aus dem von ihm abgeschlossenen Rechtsgeschäfte. Wenn nun aber mit dieser Klage die konkurrierende Klage des Dritten nicht „eins" ist: was für eine

Klage ist denn nun diese? Zwar stehen wir — das ist meine Ansicht — bei unsern heutigen Klagen nicht mehr formell unter Herrschaft des römischen Aktionensystems; aber materiell bestimmt sich doch der Inhalt unsrer Klagen nach den in den römischen Aktionen entwickelten Grundsätzen. Und in diesem Sinne stelle ich die Frage: was für eine Klage soll es denn nun sein, die dem Dritten auf die ihm überwiesene Leistung zusteht? Etwas andres als der Vertragsabschluß zwischen den Hauptkontrahenten ist doch gar nicht vorgekommen. Und doch soll die Klage des Dritten mit der Klage des Hauptkontrahenten nicht „eins" sein; sie soll „selbständig" sein. Das ließe sich nur etwa so denken, daß der Hauptkontrahent, indem er sich die Leistung an den Dritten ausbedingt, ein von seinem eignen Forderungsrecht verschiednes, abstraktes Forderungsrecht, also eine Art Solawechsel, den der Versprechende zu Gunsten des Dritten ausgestellt, für diesen erworben habe. In der That sagt auch Regelsberger (H. R. S. 536): „Die Erklärung der Schuldübernahme ist abstrakter Natur." Ich hätte wirklich nicht geglaubt, daß die Lehre von den abstrakten Schuldverträgen so verwertet werden könne. Also der Frachtführer verpflichtet sich zwar dem Verfrachter nach den Grundsätzen des Frachtvertrags, ohne Zweifel eines materiellen, der Dienstmiete analogen Vertrags; er geht aber zugleich eine abstrakte Verpflichtung ein, die Ware an den Adressaten abzuliefern! Sollte das wohl richtig sein?

§ 6

Für die Frage, ob das Recht des Dritten ein „selbständiges" zu nennen sei, kommt ferner in Betracht, ob dieses Recht noch der Verfügung und dem Widerruf der Hauptkontrahenten unterliegt. Regelsberger sagt: Das kann man nicht wissen. Es ist eine Frage des einzelnen Falles. Unentziehbarkeit des Rechtserwerbs ist kein Begriffsmerkmal des Vertrages zu Gunsten Dritter (H. R. S. 478). Mit dieser Theorie ist wiederum gar nichts gesagt. Sie läßt den Prak-

tiker ebenso ratlos, wie die Anweisung zur Erforschung der „Absicht der Kontrahenten, dem Dritten ein Recht zu erwerben." Für die Schuldübernahme sagt Regelsberger dann später (A. § 13): „Die Frage, ob dem Gläubiger durch Rückgängigmachung des Kaufvertrags die Forderung gegen den Übernehmer entzogen werden könne, ist zu verneinen." Meine Meinung ist die, daß, solange der Dritte nicht durch einen mit dem einen oder dem andern Hauptkontrahenten vorgenommenen Rechtsakt ein selbständiges Recht auf die Leistung erworben hat, sein Recht stets der freien Verfügung und zwar, je nach Maßgabe der obwaltenden Interessen, des einen oder wenigstens beider Hauptkontrahenten unterliegt; jedoch mit gewissen Beschränkungen, von denen wir sofort reden wollen.

Wenn nämlich der Disponent durch den mit einem andern abgeschlossenen Vertrag für den Dritten eine Zuwendung von Todes wegen ausbedingt, so geht das Widerrufsrecht, das an sich dem Disponenten zusteht, nicht auf dessen Erben über; vielmehr wird mit dem Tode desselben das Recht des Dritten unwiderruflich. Auch für diese Lehre finden wir merkwürdigerweise die Grundlage schon im römischen Recht. Dasselbe begründet die mit dem Tode des Disponenten eintretende Unwiderruflichkeit aus dem Gesichtspunkt einer fideikommissarischen Zuwendung. Die Stelle, die dies im Prinzip ausspricht, ist l. 77 D. de leg. I. (Ulpian): Si pecunia fuit deposita apud aliquem, ejusque fidei commissum,[8]) ut eam pecuniam praestet, fideicommissum ex Rescripto Divi Pii debebitur, quasi videatur heres rogatus remittere id debitori; nam si conveniatur debitor ab herede, doli exceptione uti potest; quae res utile fideicommissum facit. Quod quum ita se habet, ab omni debitore fideicommissum relinqui potest.

In dieser Stelle (deren Schluß von den Worten an: quae res utile fideicommissum facit, ich für einen Zusatz

8) In vielen Ausgaben ist hier fideicommissum (ungetrennt) gedruckt, was keinen Sinn giebt.

Tribonians halte) wird geradezu ausgesprochen, daß Zuwendungen von Todes wegen auch in der Form gemacht werden können, daß der Disponent einem Schuldner diese Zuwendung als Leistung auf seine Schuld vertragsmäßig auferlegt; daß in diesem Falle dem Erben ein Widerrufsrecht nicht zusteht, und daß dadurch die Zuwendung die Natur eines Fideikommisses annimmt.[9]) Fälle der Anwendung dieses Grundsatzes sind anscheinend vorhanden in l. 31 § 4 D. de donat. 39, 5 und in l. 26 pr. D. depositi 16, 3. In der ersten Stelle spricht Papinian aus, daß, wenn jemand eine Sache in einem Tempel mit der Bestimmung hinterlege, daß sie nach seinem Tode ein Dritter erhalten solle, dies keine Schenkung sei. Er scheint es hiernach als selbstverständlich zu betrachten, daß der Dritte die Sache erhalte; und der Ausspruch: non videri celebratam donationem soll mutmaßlich nur den Zweifel beseitigen, ob etwa diese Art der Zuwendung unter die gesetzlichen Beschränkungen der Schenkung falle. In der zweiten Stelle ist offenbar der Thatbestand lückenhaft, wo nicht entstellt vorgetragen. P. Mävia übergiebt bei einer Reise ihrer Freundin Seja Wertgegenstände mit der Bestimmung, daß, wenn sie auf der Reise sterben sollte, diese ihrem Sohne erster Ehe ausgehändigt werden sollen. Nun stirbt sie intestata; und es wird die Frage gestellt, wem die Gegenstände zu geben seien? Filio an marito? Paulus antwortet: Filio! Die zweifelhafte Frage konnte nur die sein, ob dem als empfangsberechtigt bezeichneten Sohne oder den Erben der Frau die Gegenstände gebühren. Die Stelle würde daher völlig klar sein, wenn statt intestata stünde testata und statt marito: heredi. Was der maritus mit der Sache zu thun hat, ist völlig unklar. Immerhin liegt aber auch in dieser Stelle ein Zeugnis dafür, daß die dem Depositar gegebne Anweisung, nach dem Tode das Deponierte an einen

9) Ich darf wohl daran erinnern, daß ich schon früher (D. J. S. 166) die Unwiderruflichkeit von Verträgen dieser Art aus dem Gesichtspunkt letztwilliger Zuwendung erklärte.

Dritten zu leisten, für wirksam gehalten wird. Eine ähnliche Entscheidung liegt ferner vor in l. 37 § 3 D. de leg. III. (Scaevola), wo mit einer Güterschenkung die Auflage einer Herausgift an einen Dritten nach dem Tode des Schenkers verbunden war. Auch diese Auflage wird für wirksam erklärt. Dafür wird wiederum auf ein Reskript des Kaisers Antoninus Bezug genommen; ohne Zweifel das nämliche, auf das auch in der erstgedachten Stelle von Ulpian sich bezogen wird. Beiden Stellen liegt also der gleiche Gedanke zu Grunde.

Wir werden um so weniger Bedenken haben, den Grundsatz dieser Stellen uns anzueignen, als er auch noch heute völlig unserm Rechtsbewußtsein entspricht. Es sind aber vornehmlich zwei Rechtsinstitute, bei denen er heute zur Anwendung kommt: die Lebensversicherung und die Zuwendung von Erbgeldern. Bei der Lebensversicherung, durch die für einen Dritten eine beim Tode des Versicherungsnehmers auszuzahlende Summe ausbedungen ist, steht dem Versicherungsnehmer bei Lebzeiten unzweifelhaft die freie Verfügung über das Recht aus der Versicherung zu. Dieses Verfügungsrecht geht aber nicht auf seine Erben über, vielmehr wird mit seinem Tode das Recht des benannten Dritten unwiderruflich. Ebenso ist es unzweifelhaft, daß das Recht der Geschwister auf die ihnen in einem Gutsansatzvertrag zugewiesenen Erbgelder mit dem Tode des Ansatzgebers unwiderruflich wird. Nun habe ich selbst früher angeführt (D. J. S. 167), wie in einem Falle (1847) das O.-A.-G. zu Kassel ausgesprochen habe, daß der Ansatzgeber auch bei seinen Lebzeiten den Kindern die ihnen ausgesetzten Erbgelder durch anderweite Verfügung nicht wieder entziehen könne. Ich habe auch dort auf die Gesichtspunkte hingewiesen, aus denen man zu einer solchen Entscheidung wohl gelangen könne. Immerhin steht aber diese Entscheidung bis jetzt vereinzelt da. Die von Regelsberger pro und contra angeführten weitern Entscheidungen in Seufferts Archiv betreffen den Fall gar nicht. Von einer feststehenden deutschen Praxis für diesen

Fall läßt ſich daher wohl nicht reden. Aber ſelbſt wenn eine ſolche vorhanden wäre, würde die Ausnahme aus der Eigentümlichkeit dieſes deutſchrechtlichen Inſtituts ſich erklären laſſen. — Endlich führt Regelsberger auch noch an, daß der Beſteller einer dos ſich nachträglich vom Manne die Rückerſtattung an ſich ſelbſt nicht ohne Zuſtimmung der Frau ausbedingen könne. Dieſer Fall beweiſt gar nichts. Wer eine dos giebt, giebt ſie an Mann und Frau, und der Mann empfängt ſie zugleich in Vertretung der Frau. Die ganze Lehre von der dos hat ſich ſo eigentümlich ausgebildet, daß daraus für allgemeine Lehren nichts zu folgern iſt.

Die hier beſprochnen Verhältniſſe bilden nun das Material, durch das Regelsberger meine Theorie von der fortdauernden Abhängigkeit des Vertragsverhältniſſes von dem Willen der Hauptkontrahenten dergeſtalt „in Schwierigkeiten verwickelt“ findet, daß ſie überhaupt nicht zu halten ſei. Er zieht deshalb vor, die ganze Frage wiederum als eine von der Theorie nicht zu löſende zu behandeln. Eine ſolche Behandlung iſt allerdings für den Theoretiker bequem, für den Praktiker aber ſehr unbequem. Möchte doch Regelsberger einmal, außer den vorſtehend erörterten Fällen, noch weitere Fälle angeben, wo nach ſeiner Rechtsanſchauung das Verfügungsrecht der Hauptkontrahenten wegfällt. Jedenfalls erkennt doch aber für gewiſſe Fälle auch Regelsberger dieſes andauernde Verfügungsrecht an. Hält er es nun für angemeſſen, auch in dieſen Fällen das Recht des Dritten ein „ſelbſtändiges“ zu nennen?

§ 7

Eine weitere Frage, die ſich an die Natur des Rechts des Dritten knüpft, iſt die Frage, ob dem Dritten aus dem Rechtsverhältnis zu dem Verſprechensempfänger Einreden entgegengeſetzt werden können. Regelsberger ſagt (H. R. S. 478): „Einreden, die gegen die Giltigkeit des Vertrags gerichtet ſind (Nichtigkeits- und Anfechtungsgründe), berühren die Grundlage des Rechts des Dritten und damit dieſes ſelbſt. Für andre

Einreden (z. B. des nicht erfüllten Vertrags, der Entwährung des Kaufgegenstandes) läßt sich eine allgemeine Regel nicht aufstellen. Aus der Selbständigkeit des Rechts des Dritten folgt die Unwirksamkeit eines Prozesses zwischen den Vertragsteilen für den Dritten und die Unzulässigkeit der Kompensation mit einer Gegenforderung, die der Schuldner gegen den Versprechensempfänger hat."

Was zuvörderst die letztere Einrede betrifft, so habe ich bereits früher (D. J. S. 155) übereinstimmend mit Regelsberger mich dafür erklärt, daß der von dem Dritten belangte Schuldner Kompensationseinreden aus der Person des Hauptkontrahenten nicht entnehmen darf, da solche mit der bedungnen Form der Zahlung in Widerspruch treten würden.[10]) Statt dessen würden ihm Kompensationseinreden aus der Person des klagenden Dritten zuwachsen. Im übrigen aber kann ich nur bedauern, daß auch hier wieder Regelsberger zu dem Ausspruch gelangt, es lasse sich eine Regel nicht aufstellen. Mit solchen ablehnenden Sätzen ist allerdings schwer zu kämpfen. Ich bleibe bei meiner Ansicht, daß der Dritte alle gegen das Recht des Hauptkontrahenten gerichtete Einreden sich gefallen lassen muß. Denn das Recht, das der Dritte ausübt, ist nichts andres als das Recht des Hauptkontrahenten, das jener für sich geltend machen darf. Auf einzelne Beispiele werde ich noch weiter unten (§ 10) zurückkommen. Hier will ich nur folgenden allgemeinen Grund zur Anschauung bringen. Unzweifelhaft steht das Recht des Dritten, der aus einem zu seinen Gunsten geschlossenen Vertrage Klage erhebt, in einer gewissen Verwandtschaft mit dem Rechte dessen, der eine Forderung zur eignen Geltendmachung ausdrücklich übertragen erhalten hat; also mit dem Rechte des Cessionars. Die Cession sehen wir im römischen Recht gleichsam vor unsern Augen aus einer anfänglichen bloßen Ermächtigung zu

---

10) Vergl. als analoge Fälle die Entscheidungen in Seufferts Archiv Bd. 9 Nr. 246, Bd. 14 Nr. 222, Bd. 15 Nr. 216.

einer in sich vollendeten Vermögenszuwendung heranwachsen. Die Verwandtschaft dieser Rechte hat auch darin eine Anerkennung gefunden, daß man öfters das Recht des Dritten auf eine „stillschweigende Cession" zurückzuführen gesucht hat. Unzweifelhaft ist nun das Recht des Dritten aus dem zu seinen Gunsten abgeschlossenen Vertrage in Vergleich mit dem zu voller Entwicklung gelangten Rechte des Cessionars das schwächere Recht. Wenn wir aber sehen, daß selbst nach jener vollen Entwicklung des Cessionsbegriffs das Recht des Cessionars den Einreden aus der Person des Cedenten durchaus unterworfen geblieben ist: wie ist es dann denkbar, daß das weit schwächere, von der Verfügung des Hauptkontrahenten immer noch abhängige Recht des Dritten zu einer solchen intensiven Stärke gelangt sein soll, daß ihm Einreden aus der Person des Hauptkontrahenten nicht mehr entgegenstehen? Und wenn selbst der, der in ausdrücklicher Stellvertretung eines andern eine Forderung erwirbt, diese Forderung nicht frei von den aus seiner Person zu entnehmenden Einreden auf den Vertretenen überträgt[11]): wie ist dann denkbar, daß das Recht des Dritten aus einem Vertrage zu seinen Gunsten von Einreden frei auf ihn übergehe? Der Gedanke, daß der Hauptkontrahent für den Dritten ein „abstraktes Forderungsrecht" erwerbe, ist für mich so wenig faßbar, daß ich ihm gegenüber verstumme.

Resumieren wir hiernach: Neben dem Dritten kann auch der Hauptkontrahent das Recht aus dem Vertrage geltend machen. Er kann auch — allein oder im Einverständnis mit seinem Mitkontrahenten — dem Dritten das Recht bis zu dessen Ausübung wieder entziehen. Der Dritte muß sich auch Einreden, die dem Rechte des Hauptkontrahenten entgegenstehen, gefallen lassen. Ob es sich hiernach rechtfertigt, das Recht des Dritten ein „selbständiges" zu nennen, mag der Leser ermessen.

---

11) l. 5 pr. D. trib. act. 14, 4. l. 22 § 5 D. liber. causa 40, 12.

§ 8

Wir wenden uns nun zu der Schuldübernahme, der Regelsberger in seiner ersten und seiner zweiten Arbeit einen besondern Abschnitt gewidmet hat. Regelsberger unterscheidet folgende Fälle (H. R. S. 532):

1. Jemand verpflichtet sich einem Schuldner zur Abführung der Schuld in der erkennbaren Absicht, dem Gläubiger nicht verhaftet zu werden. Dieses Geschäft, das ich Erfüllungs-(Zahlungs-)Übernahme nennen möchte, beschränkt seine rechtlichen Wirkungen auf die Vertragschließenden. Der Übernehmer wird auf Erfüllung seines Versprechens nur dem Schuldner verpflichtet.

2. Jemand erklärt, dem Gläubiger gegenüber die Haftung für die geschuldete Leistung neben dem Schuldner zu übernehmen. Der Gläubiger soll gegen den Übernehmer einen Anspruch auf Erfüllung erlangen, unbeschadet seines Anspruchs gegen den Schuldner. Beide haften ihm alternativ nach seiner Wahl für dieselbe Leistung. Allerdings soll nach Absicht des Geschäfts der Übernehmer die Schuld bezahlen und dadurch den Schuldner befreien. Dies spielt aber zwischen ihnen und berührt den Gläubiger nicht. Diese „kumulative Schuldübernahme" ist ein Vertrag zu Gunsten Dritter.

3. Jemand kann die Schuld in der Art übernehmen, daß er an der Stelle des bisherigen Schuldners in die Schuld eintritt. Dies ist die „privative Schuldübernahme." Sie wird bewirkt durch einen Vertrag zwischen Schuldner und Übernehmer, dem die Zustimmung des Gläubigers hinzutreten muß.

Diese privative Schuldübernahme, die Regelsberger nicht zu den Verträgen zu Gunsten Dritter rechnet, soll nun ein ganz eigentümliches modernes Rechtsinstitut sein, gleichsam die lebendige Verpflanzung einer Schuld von einer Person auf die andre. „Es vollzieht sich eine Sondernachfolge in die Schuld, wie durch die Cession eine Sondernachfolge in das Forderungsrecht. Schuldübernahme und Cession bewirken eine Succession in das Schuldverhältnis ohne Veränderung

des Schuldgrundes“ (H. R. S. 536). „Der Anſpruch des Gläubigers gegen den Übernehmer iſt der Anſpruch aus dem Schuldverhältniſſe, in dem vor der Übertragung dem Gläubiger der Schuldner gegenüberſtand“ (S. 537).

Die nächſte Frage, die ſich an dieſe von Regelsberger gelehrte Dreiteilung knüpft, iſt wieder die: Wie ſehen denn nun eigentlich die Geſchäfte dieſer verſchiednen Arten im wirklichen Leben aus? Hat Regelsberger ſchon einmal Verträge geſehen, in denen die Kontrahenten, die doch auch der Zweifelhaftigkeit der Sache ſich bewußt ſein und einiges Intereſſe daran haben müßten, ſolche Zweifel abzuſchneiden, erklärt hätten: ſie verabredeten eine „Erfüllungsübernahme,“ oder eine „kumulative“ oder eine „privative Schuldübernahme,“ oder in denen ſie auf irgend eine andre Weiſe die eine oder andre dieſer verſchiednen Arten klar bezeichnet hätten? Ich kenne ſolche Verträge nicht. Und wenn es nun an jeder ſolchen Bezeichnung in den Verträgen ſelbſt fehlt, wonach ſoll denn nun der Praktiker entſcheiden, was für eine Art von Rechtsgeſchäft vorliegt? Da antwortet Regelsberger wieder (S. 538): „Es iſt eine Frage der Vertragsauslegung, für deren Löſung ſämtliche Umſtände in Erwägnng zu ziehen ſind.“ Alſo wieder „die Umſtände“! Allerdings fügt er kurz darauf die Regel hinzu: „Im Zweifel wird für das dem Übernehmer wenigſt Beſchwerende, alſo für eine bloße Erfüllungsübernahme zu entſcheiden ſein.“ Würde dieſe Regel wirklich befolgt, ſo wäre es mit der Klagberechtigung des Gläubigers aus der Schuldübernahme vorbei; denn es würden darnach alle Schuldübernahmeverträge als „Erfüllungsübernahmen“ erſcheinen (was ſie denn in der That auch ſind). Ferner: die von Regelsberger begrifflich aufgeſtellte „privative Schuldübernahme“ erfordert, wie er ſagt, zu ihrem Exiſtentwerden die Zuſtimmung des Gläubigers. Auch hier ſtößt man wieder auf die offne Frage: wer iſt denn nun verpflichtet, dieſe Zuſtimmung einzuholen? „Das iſt eine Thatfrage,“ ſagt Regelsberger. Immer wieder die nämliche Ausrede! Auch bei dieſem Zweifel

müßten doch die Kontrahenten daran denken, durch eine ausdrückliche Bestimmung die Frage zu regeln. Sie müßten auch daran denken, eine Bestimmung darüber zu treffen, wie denn die Sache werden solle, wenn der Gläubiger nicht die Zustimmung erteile. Hat nun Regelsberger jemals Schuldübernahmeverträge gesehen, worin so etwas gestanden hätte? Ich nicht!

Sehen wir uns doch einmal einen Fall von Schuldübernahme an, wie er tausendfach vorkommt. In einem Gutsansatzvertrag wird zunächst der Ansatzpreis auf 10000 Mark bestimmt. Dann heißt es:

„Der Ansatzpreis wird in folgender Weise entrichtet:

1. Der Ansatznehmer übernimmt
   a) eine zu 4 Prozent verzinsliche hypothekarische Schuld von 5000 Mark an R,
   b) eine bereits ausgeklagte Schuld von 200 Mark aus einem Pferdehandel an G.
2. Der Ansatzgeber übernimmt, seinen beiden Schwestern je 1500 Mark Erbgeld bei ihrer Verheiratung oder bei eintretender Volljährigkeit zu zahlen.
3. Der Rest des Ansatzpreises bleibt einstweilen mit 4 Prozent verzinslich stehen. Soweit er vom Ansatzgeber nicht erhoben wird, fällt er mit dessen Tode dem Ansatznehmer zu.

Neben dem Ansatzpreis übernimmt der Ansatznehmer auch sämtliche Klipperschulden des Ansatzgebers."

Hier haben wir nun in mehreren Sätzen (Nr. 1 a und b und Schlußsatz) Schuldübernahmen. Weitere „Umstände" sind nicht vorhanden. Unter welche der von Regelsberger aufgestellten Kategorien fallen nun diese Sätze? Und sind sie denn wirklich von den übrigen Sätzen, die die Entrichtung des Ansatzpreises regeln (Nr. 2 und 3), qualitativ verschieden? Sind sie wirklich, wie Regelsberger sagt, „abstrakter Natur"?

In Wahrheit ist jene Dreiteilung ein rein theoretisches Gebilde, das in den wirklichen Verhältnissen keine Grundlage hat. Bei jeder Schuldübernahme wollen die Kontrahenten

thatsächlich eine Wirkung erreichen, als ob das, was bisher der eine schuldete, nunmehr der andre schulde. In diesem Sinne ist jede Schuldübernahme nach ihrem wirtschaftlichen Zwecke „privativ." Jedermann weiß aber auch, daß man eine Schuld nicht dadurch los werden kann, daß man sie auf einen andern überträgt, daß man also höchstens imstande ist, ein Verhältnis herzustellen, wonach der Gläubiger die Wahl hat, sich an den ursprünglichen Schuldner oder an den andern zu halten. In diesem Sinne ist jede Schuldübernahme juristisch zunächst nur „kumulativ." Endlich wissen auch die Kontrahenten sehr wohl, daß sie den Gläubiger nicht nötigen können, an der Stelle seiner Forderung eine andre Forderung anzunehmen, wohl aber, daß sie ihn nötigen können, seine Forderung durch einen andern sich bezahlen zu lassen. Nur auf dieses praktisch Erreichbare ist zunächst die Schuldübernahme gerichtet; und jede Schuldübernahme ist deshalb „Erfüllungs- oder Zahlungsverpflichtung." Und zwar verpflichtet sich der Schuldübernehmer im Zweifel dahin, daß er die Schuld nach Maßgabe der für sie bestehenden Zahlungsbedingungen bezahlt. Ist also die Schuld ein auf die Dauer dargeliehenes Kapital, so braucht der Schuldübernehmer im Zweifel erst zu zahlen, wenn der Gläubiger es kündigt. In diesem primitiven Stadium bleiben unzählige Verhältnisse der Schuldübernahme bis zu ihrer Erledigung durch Zahlung bestehen. Auch wenn z. B. der Schuldübernehmer fortan ständig die Zinsen an den Gläubiger zahlt, so ändert dies doch nichts an der Sachlage (wie dies auch Regelsberger H. R. S. 537 anerkennt). Nur von diesem Stadium des Verhältnisses ist die Rede, wenn man die Frage stellt: steht dem Gläubiger aus der Schuldübernahme eine Klage wider den Übernehmer zu? Und diese Frage ist keine andre als die, ob überhaupt aus einem Vertrage zu Gunsten Dritter der Dritte ein Klagerecht erwerbe.

§ 9

Allerdings aber kann bei den Beteiligten das Bedürfnis obwalten, das Verhältnis im Sinne eines wirklichen Schuld-

übergangs zu befestigen. Der Schuldüberweiser kann das Bedürfnis einer solchen Befestigung empfinden, um dadurch Befreiung von seiner Schuld zu erlangen. Der Gläubiger kann das Bedürfnis der Befestigung empfinden, um den Schuldübernehmer als festen Schuldner zu gewinnen. Für diese Befestigung des Verhältnisses sind aber keine andern Mittel gegeben, als die, die überhaupt unser Recht für die Begründung von Forderungsrechten kennt. Eine unmittelbare Verpflanzung einer Schuld von einer Person auf die andre kennt unser Recht nicht.

Hat jemand einem andern gegenüber — wir unterstellen bei einem Verkaufe — das Recht erworben, daß dieser eine Schuld für ihn bezahle, so kann dieses Verhältnis dem Gläubiger gegenüber eine Befestigung erhalten auf einem doppelten Wege. Entweder der Verkäufer tritt sein dem Käufer gegenüber erworbnes Recht auf Zahlung der Schuld dem Gläubiger förmlich ab (und zwar wird er dies in der Regel in solutum, also mit der Absicht der Befreiung von seiner eignen Schuld thun): dann erwirbt der Gläubiger in dieser abgetretenen Forderung einen festen, d. h. ihm nicht mehr durch Verfügung der Hauptkontrahenten entziehbaren Anspruch aus dem Kaufvertrag, der sich mit seiner ursprünglichen Forderung deckt. Oder der Käufer erteilt (sei es auf Anregung des Gläubigers oder des Verkäufers) dem Gläubiger ein auf Zahlung der Schuld gerichtetes Zahlungsversprechen. Dann haftet der Käufer aus diesem mit der ursprünglichen Schuld sich deckenden Versprechen nach den Grundsätzen der Delegationsstipulation. Selbstverständlich tritt auch in diesem Falle die Folge ein, daß der Anspruch des Gläubigers gegen den Käufer nicht mehr der Verfügung der Hauptkontrahenten unterliegt. Es tritt aber auch die weitere Folge ein, daß der Käufer Einreden aus seinem Verhältnis zum Verkäufer dem Gläubiger nicht ferner entgegensetzen kann (l. 19 D. de novat. 46, 2). Erteilt der Käufer dieses Zahlungsversprechen mit Beziehung auf die erfolgte „Schuldübernahme," so wird man — zumal wenn die Initiative hierzu vom Verkäufer ausgeht — im Zweifel

das Zahlungsversprechen für eine Expromission zu halten, d. h. anzunehmen haben, daß mit dessen Annahme der Gläubiger den ursprünglichen Schuldner freigiebt. Hat in dieser Weise der Käufer die Befreiung des Verkäufers erwirkt, so hat er damit auch seine Verbindlichkeit aus der Schuldübernahme gelöst, da es dem Verkäufer gleichgiltig sein kann, ob er durch Zahlung oder durch Expromission von seiner Schuld befreit wird.

Die gedachten beiden Wege, das Verhältnis der Schuldübernahme als ein vollendetes herzustellen, hatte auch schon das ältere preußische Recht richtig erkannt. Der „Beitritt" des Dritten mit „Bewilligung der Hauptparteien" (A. L.-R. I 5 § 75) schloß ein vom Schuldübernehmer dem Gläubiger abgegebnes Zahlungsversprechen in sich. Daneben wies die Deklaration vom 21. März 1835 auf das Recht des Schuldüberweisers hin, seinen Anspruch dem Gläubiger abzutreten. Mangelhaft war das preußische Recht darin, daß es eine Klage, die dem Gläubiger aus der zwischen den Hauptkontrahenten verabredeten Schuldübernahme ohne weiteres zugestanden hätte, also die actio utilis des gemeinen Rechts, nicht kannte. Diese Klage fügte nun für hypothekarische Schulden der § 41 des Gesetzes vom 5. Mai 1872 hinzu. Daß die hier geschaffne Klage die des gemeinen Rechts sein sollte, geht ganz unzweifelhaft aus der von mir (U. R. G. S. 88) zitierten Äußerung Försters hervor. Zugleich schuf aber auch der § 41 in Abs. 2 für den Schuldüberweiser eine äußerst einfache Form, das Verhältnis zu befestigen und sich zu befreien. Über die rechtliche Bedeutung der fraglichen Operation habe ich bereits (U. R. G. S. 89) meine Ansicht dahin ausgesprochen, daß sie eine Cession des Anspruchs des Schuldüberweisers aus dem Schuldübernahmevertrag in sich schließe, und daß fortan die Klage des Gläubigers gegen den Schuldübernehmer als eine ihm cedierte anzusehen sei. Der § 41 hat bei den Verhandlungen im Landtage von keiner Seite prinzipiellen Widerspruch erfahren, ist vielmehr allseitig gebilligt worden. Mit der Lehre Regelsbergers steht er

freilich nicht in Einklang; und deshalb findet dieser (A. § 11), daß er legislativ keinen Beifall verdiene, da das, was er bezwecke, „durch die Fortschritte der Wissenschaft" bereits gesichert sei. Der Gesetzgeber war nun aber soweit noch nicht fortgeschritten; und deshalb werden auch die Juristen Preußens wohlthun, sich von diesem Fortschritt vorerst fern zu halten.

Daß übrigens die Rechtsakte, durch die das Verhältnis der Schuldübernahme befestigt werden kann, auch in unscheinbaren Formen auftreten können, habe ich bereits früher (D. J. S. 179) und auch jetzt wieder (U. R. G. S. 86, 89) ausgesprochen.[12]) Ich will wörtlich hierhersetzen, was ich an der erstern Stelle gesagt, weil sich daraus ergiebt, in welchem Sinne ich mich mit der Konstruktion Regelsbergers einverstanden erklären kann. „Wenn der Schuldüberweiser den Gläubiger von der Schuldüberweisung benachrichtigt mit dem Ersuchen, dieselbe zu genehmigen, so liegt darin das Angebot einer Cession; wenn der Schuldübernehmer den Gläubiger von der Schuldübernahme benachrichtigt mit dem Ersuchen, dieselbe zu genehmigen, so liegt darin das Angebot eines Zahlungsversprechens; erklärt der Gläubiger darauf seine Zustimmung, so geht das eine oder andre Rechtsgeschäft vor sich." Hat nun Regelsberger sich die „Zustimmung des Gläubigers" in dieser Weise gedacht, so hat er praktisch etwas annähernd Richtiges gedacht. Nach der Art und Weise aber, wie Regelsberger von der „Zustimmung" redet, müßte man auch Zustimmungsakten ganz andrer Art eine befestigende Wirkung beimessen. So z. B. wenn der Gläubiger, der lediglich durch Dritte von der Schuldübernahme gehört, an den Schuldüberweiser oder den Schuldübernehmer einen Brief schriebe: „er stimme der Schuldübernahme zu!" Ich weiß

12) Eine solche Form ist es auch, wenn der Gläubiger sich vom Schuldübernehmer eine Bescheinigung geben läßt, „daß er die Schuld des N übernommen." Diese Bescheinigung enthält ein Zahlungsversprechen.

nicht, wie Regelsberger über diesen Fall denkt, und wie er, wenn er etwa auch dieser „Zustimmung“ Wirksamkeit beimißt, damit seine entschiedne Ablehnung der „Genehmigungstheorie“ (A. § 5) vereinigt. Ich halte eine solche Zustimmung des Gläubigers für völlig wirkungslos. Das Wort „Zustimmung“ ist ein so vieldeutiger Begriff, daß es für diese Lehre ganz unbrauchbar ist. Und wenn daher jemand im Prozeß sein Recht darauf gründet, daß der Gläubiger dem Schuldübernahmevertrag „zugestimmt“: so würde das ohne nähere Substanziierung eine völlig untaugliche Behauptung sein.

Das aber, was ich ganz entschieden bekämpfen muß, ist der moderne Versuch, aus der Schuldübernahme mit „Zustimmung des Gläubigers“ eine „Singularsuccession in die Schuld“ zu konstruieren. Theoretisch tritt dieser Versuch mit unsrer gesamten Rechtsbildung in Widerspruch. Praktisch führt er zu der größten Verwirrung. Die Hindernisse, die sich ihm entgegenstellen, liegen nicht in der „besondern geschichtlichen Gestaltung des römischen Obligationenrechts,“ sondern in der ewigen Natur der Dinge. Mit jenem Versuch schreitet man nicht in der Wissenschaft fort, sondern aus der Wissenschaft heraus.

§ 10

„An ihren Früchten sollt ihr sie erkennen,“ — so lautet der Spruch, mit dem Regelsberger den letzten Paragraphen seiner neuen Abhandlung überschreibt. Auf dieses Feld folge ich jedermann gern.

Regelsberger betont zunächst meine Worte, daß der Gläubiger sich Einreden aus dem Verhältnis zwischen Schuldüberweiser und Schuldübernehmer „unter allen Umständen“[13])

13) Diese Worte sind von mir gebraucht (U. R. G. S. 86) in unverkennbarem Gegensatz zu der andern Frage, ob der Gläubiger sich Einreden aus dem Verhältnis seiner ursprünglichen Forderung gefallen lassen müsse.

gefallen lassen müsse. Er macht eine abschreckende Schilderung von der Not, in die dadurch der Gläubiger gerate. Ich hoffe, daß Regelsberger nicht etwa dadurch sich hat täuschen lassen, daß ihm unwillkürlich der Fall vorgeschwebt hat, wo durch ein Zahlungsversprechen des Schuldübernehmers das Verhältnis befestigt und der ursprüngliche Schuldner befreit worden ist. Denn daß auf diesen Fall meine Bemerkung sich nicht bezieht, konnte ihm bei einiger Aufmerksamkeit unmöglich entgehen. Ich habe an der gedachten Stelle von der Zulässigkeit der Einreden der eigentlichen Klage aus der Schuldübernahme gegenüber geredet, also von der Sachlage, die ich oben (S. 105) das primitive Stadium der Schuldübernahme nannte, wo weiter nichts vorliegt, als die Vereinbarung zwischen Überweiser und Übernehmer. Betrachten wir nun einmal die Lage des Gläubigers in diesem Falle. Er hat an seinen Rechten nicht das geringste verloren. Er hat nach wie vor die persönliche Klage gegen seinen ersten Schuldner. Er hat auch, wenn die Schuld hypothekarisch auf der übertragnen Sache haftet, die hypothekarische Klage gegen den Erwerber. Diesen Klagen tritt nun als ein reines incrementum juris, als ein vom Schuldüberweiser ihm zugewendetes don gratuit, die actio utilis wider den Übernehmer hinzu. Ist es nun so entsetzlich, daß diese Klage den gesetzlichen Schranken unterworfen bleibt, unter denen sie vom Schuldüberweiser für sich und folgeweise auch für ihn erworben ist? Ich verstehe das nicht. Will sich der Gläubiger bei dieser Sachlage nicht beruhigen, so mag er sich von dem Schuldübernehmer ein selbständiges Zahlungsversprechen geben lassen. Dann drohen ihm jene Einreden nicht mehr.

Das Weitere, was Regelsberger als eine schlimme Frucht meiner Lehre hinstellt, besteht darin, daß ich Einreden, die wider den Bestand der ursprünglichen Schuld gerichtet sind, ausschließe, wenn die Schuld als eine feststehende dem Übernehmer überwiesen ist; daß ich sie zulasse, wenn die Schuld nur für den Fall ihres Bestandes dem Übernehmer

überwieſen iſt; daß ich endlich geſagt habe, in dem letztern Falle verbleibe dem Übernehmer der Gewinn des Obſiegs, wenn er die Schuld auf ſeine Gefahr übernommen habe. Ich will den Wert dieſer Sätze zu veranſchaulichen ſuchen mit Hilfe des oben (S. 104) beiſpielsweiſe aufgeſtellten Güteranſatzvertrags. Ich bin der Anſicht, daß, wenn in jenem Falle der Anſatznehmer auf die unter 1 a und b bezeichneten ihm als feſtſtehend überwieſenen Schulden in Anſpruch genommen wird, er dieſe (inſofern er nicht nachträglich andre Weiſung vom Anſatzgeber erhalten hat, auch nicht etwa nachträglich Einreden entſtanden ſind) nicht weiter beſtreiten kann; daß dagegen, wenn auf Grund des letzten Satzes eine „Klipperſchuld“ von ihm in Anſpruch genommen wird, er dieſe beſtreiten darf, und daß, wenn er dies mit Erfolg thut, ihm der Vorteil bleibt. Iſt das nun ſo unvernünftig?

Die Früchte der Lehre Regelsbergers darzuſtellen, iſt deshalb nicht ganz leicht, weil er bei einer Reihe kritiſcher Fragen, die ſeine Lehre hervorruft, den Beſcheid erteilt: „Das weiß man nicht. Praktiker, da ſiehe du zu!“ Da laſſen ſich nun freilich ſchwer Beiſpiele bilden, die die Unhaltbarkeit der Lehre veranſchaulichen. Ich wünſchte nur, daß ſolche, die mit dieſem Beſcheid ſo bereit ſind, einmal ſelbſt zu Gericht ſitzen müßten. Dann würden ſie erkennen, in welche Verlegenheit ihr Beſcheid den Richter verſetzt; wie der von ihnen gewieſene Weg ausläuft in dem Sumpfe der Willkür und des Zufalls. Eine kleine Fruchtleſe können wir aber doch aus den Lehren Regelsbergers wohl veranſtalten.

Es ſei hier zunächſt des Rechtsfalles, Entſch. d. R.-G. Bd. 1 Nr. 48, gedacht. H verkauft an B ein Grundſtück, und B übernimmt die darauf haftende hypothekariſche Schuld. Kurz darauf wird, ohne daß die Kontrahenten zu dem Gläubiger irgend in Beziehung getreten ſind, zwiſchen ihnen der Kauf rückgängig gemacht, und das Grundſtück an H zurückübertragen. Gleichwohl verklagt der Gläubiger den B., geſtützt auf § 41 des Geſetzes vom 5. Mai 1872, auf Bezahlung

der Schuld. Vom ersten Hilfssenat des Reichsgerichts wird die Einrede, daß der Kauf rückgängig gemacht sei, verworfen und B verurteilt. Es ist ja wohl verständlich, wie altpreußische Juristen zu dieser Entscheidung gelangen konnten. Nach dem Landrecht konnte der Dritte nur auf Grund seines „Beitritts," d. h. eines mit dem Hauptkontrahenten abgeschlossenen Vertrags klagen. Lag ein solcher vor, so konnte B durch Rückgängigmachung des Kaufs sich nicht mehr befreien. Nun sagt der § 41, der Gläubiger solle gegen den Schuldübernehmer die persönliche Klage haben, „auch wenn er dem Übernahmevertrage nicht beigetreten." Das konnten nun preußische Juristen so verstehen, daß dem Gläubiger die nämliche Klage ohne weiteres beigelegt sei, die er früher durch den Beitritt erworben habe. Mit diesem Verständnis (das allerdings ein Mißverständnis war) gelangte man zu der obigen Entscheidung. Daß aber auch vom freien Standpunkt ein deutscher Rechtslehrer diese Entscheidung für eine gerechte erklärt, kann ich meinerseits nur beklagen. Ich halte sie für eine durchaus ungerechte.

Wir können uns nach Regelsberger noch eine Reihe solcher Entscheidungen bilden. 1. A schließt mit B einen Kaufvertrag über ein Haus, und übernimmt auf den Kaufpreis die Zahlung bestimmter Schulden des B. Vor der Auflassung und Übergabe brennt das Haus durch Schuld des B ab. Es kommt hiernach gar nicht zur Vollziehung des Kaufvertrags. Gleichwohl klagen die Gläubiger des B auf Zahlung ihrer Forderungen gegen A. Das Gericht entscheidet: „In Erwägung, daß bei der Schuldübernahme der Käufer eine Verpflichtung von abstrakter Natur eingeht und deshalb dem Gläubiger die Einrede des nicht erfüllten Vertrags aus dem Verhältnis zum Verkäufer nicht entgegensetzen kann (Regelsberger H. R. S. 536): wird der Beklagte verurteilt."

2. Jemand hat zu Gunsten einer bestimmten Person eine Lebensversicherung genommen. Er hat aber dabei den Versicherer betrogen, indem er diesen geflissentlich über eine ihm

drohende Lebensgefahr, die auch seinen Tod herbeigeführt, getäuscht hat. Der Bedachte nimmt gleichwohl die Versicherungssumme in Anspruch. Der Versicherer setzt die Einrede des Betrugs entgegen. Das Gericht entscheidet: „In Erwägung, daß der Dritte aus dem zu seinen Gunsten geschlossenen Vertrag ein unmittelbares und selbständiges Recht erwirbt, und Einreden, die nicht gegen die Giltigkeit des Vertrags gerichtet sind, nicht gegen sich gelten zu lassen hat (Regelsberger H. R. S. 478): wird der Beklagte verurteilt." (Was würden wohl die Versicherungsgesellschaften zu einer solchen Entscheidung sagen?)

3. Ein Frachtführer hat den Transport einer Ware übernommen. Zufolge schlechter Verpackung durch den Absender schädigt dieselbe auf dem Transport andre Waren, für die der Frachtführer einstehen muß. Dieser will deshalb dem Adressaten gegenüber, der nach Art. 405 des H.-G.-B. die Ware in Anspruch nimmt, ein Rückbehaltungsrecht ausüben. Das Gericht entscheidet: „In Erwägung, daß der Frachtvertrag ein Vertrag zu Gunsten eines Dritten ist; daß bei einem solchen der Dritte ein unmittelbares und selbständiges Recht auf die Leistung erwirbt; daß deshalb der Adressat Einreden aus der Person des Absenders sich nicht gefallen zu lassen braucht: wird der Beklagte verurteilt, die Ware abzuliefern."

4. Ein Beamter erhebt gegen den Staat Feststellungsklage, darauf gerichtet, daß seiner Witwe eine bestimmte Pension gebühre.[14]) Er wird mit der Klage abgewiesen, weil das Gericht den Pensionsanspruch für unbegründet erklärt. Gleichwohl erhebt nach seinem Tode die Witwe von neuem den Pensionsanspruch. Der Staat setzt ihr die Einrede der entschiednen Sache entgegen. Das Gericht entscheidet: „In Er-

14) Vergl. den Rechtsfall 4, U. R. G. S. 144. (In diesem Falle hatte der Beamte vorsichtshalber seine Frau mitklagen lassen. Er hätte aber auch allein klagen können.)

wägung, daß der Dritte aus dem zu seinen Gunsten abgeschlossenen Vertrage ein selbständiges Recht erwirbt; hieraus aber die Unwirksamkeit eines Prozesses zwischen den Vertragsteilen für den Dritten sich ergiebt (Regelsberger H. R. S. 478): wird die Einrede zurückgewiesen."

Der geneigte Leser möge entscheiden, ob ihm diese Früchte gefallen. Ich habe auch schon früher darauf hingewiesen (U. R. G. S. 95), daß der (auf Abtretung der nordschleswigschen Distrikte an Dänemark gerichtete) Art. V des Prager Friedens einen völkerrechtlichen Vertrag zu Gunsten Dritter enthielt, daß derselbe aber durch einen neuen Vertrag zwischen Preußen und Österreich wieder aufgehoben worden ist, und daß sich hieran die Lehren unsrer Theoretiker über die Verträge zu Gunsten Dritter erproben können. Nach Regelsberger könnten die Nordschleswiger nach wie vor die Abtretung verlangen. Denn sie haben ja durch den Prager Frieden ein unmittelbares und selbständiges Recht auf Abtretung erworben. Es wäre recht interessant, wenn einmal die nordschleswigschen Abgeordneten diese Theorie im preußischen Abgeordnetenhause geltend machten.

§ 11

Gelegentlich interpelliert mich auch Regelsberger (A. § 6), ob ich denn an meiner vorlängst geäußerten Ansicht festhalte, daß bei einem in Vertretung eines andern abgeschlossenen Vertrage, dem römischen Gedanken entsprechend, der Vertreter seine Rechte aus der Person des Vertreters ableite; eine Ansicht, die sich mit der heutigen Rechtsanschauung in Widerspruch setze, und eine römische Rechtsfolge an einen unrömischen Thatbestand knüpfe. Auch hierauf will ich anworten. Jawohl, ich halte an der gedachten Ansicht fest, ganz in dem Sinne, in dem ich sie früher aufgestellt. Ich habe diese Ansicht nicht aus der Luft gegriffen, sondern bestimmte praktische Erscheinungen aufgeführt, die sich, wie ich glaube, nur mit Hilfe dieser Theorie befriedigend erklären. Weiß Regelsberger

für dieſe eine andre Theorie, ſo bitte ich es zu ſagen. Dann können wir ja ſehen, welche die beſſere iſt. — Überhaupt beſteht der Gegenſatz zwiſchen mir und meinen Gegnern öfters darin, daß ich ſtets von konkreten Erſcheinungen ausgehe, die ich in der Praxis gegeben finde, oder die ich als praktiſch notwendig fühle und erkenne, und daß ich ſo die Theorie, die ich vertrete, gewiſſermaßen von innen heraus bilde. Hierbei bin ich mehrfach dahin gelangt, daß unſre Rechtsverhältniſſe den Lehren des römiſchen Rechts weit näher ſtehen, als viele glauben. Nur auf dieſem Wege habe ich z. B. gefunden, daß die römiſche Stipulationslehre in vielen praktiſchen Erſcheinungen bei uns fortlebt; woran vor mir niemand gedacht hatte.[15]) In gleicher Weiſe vertrete ich auch in der vorliegenden Lehre, wie bereits eingangs erwähnt, römiſches Recht. Meine Gegner aber bilden, weil ſie nicht in den Dingen darin ſtehen, ihre Theorien nur nach einer äußerlich gewonnenen Anſchauung. Sie möchten gern praktiſch ſein, aber es fehlt der entſprechende Erfolg. Leider iſt dann auch ein Teil der Praxis in der Regel bereit, ſolche Theorien ſich anzueignen. Einige Praktiker entſcheiden wirklich darnach; das giebt dann die Entſcheidungen, die oft dem Leben wehe thun. Andre Praktiker entſcheiden in Wahrheit nach ihrem geſunden Sinn, führen aber doch, aus Reſpekt vor der Theorie, jene Lehren in ihren Entſcheidungsgründen fort, wo dieſe ein vorläufig unſchädliches, gleichſam eingekapſeltes Daſein führen. Von dort können ſie aber jeden Augenblick wieder aufleben und Schaden ſtiften.

15) Freilich ſcheinen manche, die ſich dieſer Rechtslehre jetzt annehmen, ſchon vergeſſen zu haben, woher ſie eigentlich ſtammt. So auch Regelsberger, der ſolche in dem oben gedachten Werke S. 482—495 behandelt. Da, wo er auf den Anerkennungsvertrag zu ſprechen kommt (S. 488), erwähnt er zwar meiner Schrift als des Hauptwerkes. Daß aber auch die ganze grundlegende Lehre vom abſtrakten Zahlungsverſprechen, die er S. 482—485 vorträgt, meine Schöpfung iſt, bleibt für den Leſer unerkennbar.

Die Verpflichtung zur Rechnungsablage

[Jahrbücher für Dogmatik des Rechts Bd. 13, 1874]

§ 1

Die Lehre von der Verpflichtung zur Rechnungsablage hat in Theorie und Praxis bisher nur eine geringe Ausbildung gefunden.

Blicken wir auf den Stand unsrer Rechtsquellen, so wird allerdings im römischen Recht das rationes reddere vielfach erwähnt. Die Rechnungsablage wird als eine allgemeine Pflicht aller Verwalter fremden Vermögens bezeichnet.[1] Insbesondre wird es als eine Pflicht des Vormunds hingestellt, rationes conficere et pupillo reddere.[2] Es werden häufig Fälle besprochen, in denen letztwillig eine Rechnungsablage erlassen oder deren Bewirkung als Bedingung der Freilassung eines Sklaven gestellt war; wo dann die Frage erörtert wird, was unter dieser Erlassung oder der auferlegten Bedingung begriffen zu erachten sei.[3] Aus einer Reihe dieser Stellen geht klar hervor, daß die Rechnungsablage nichts andres sei als eine Vorbereitung für eine materielle Vermögensherausgabe (reliqua reddere, solvere, exigere). Eine eingehende Erörterung aber, was eigentlich die Rechnungs-

1) l. 46 § 4 D. de procur. (3, 3). l. 2 D. de neg. gest. (3, 5).

2) l. 1 § 3. D. de tut. et rat. (27, 3).

3) l. 69 § 4. D. de evict. (21, 2). l. 8 § 5. l. 9. l. 31 § 2 D. de liber. leg. (34, 3). l. 32 l. 81 pr. l. 111 D. de cond. et dem. (35, 1). l. 37 D. de fideicom. libert. (40, 5). l. 5. l. 6 § 7. l. 12. l. 13 § 2. l. 31 § 1. l. 40 pr. § 3 § 8. D. de statuliberis. (40, 7). l. 22 D. de manum. test. (40, 4).

ablage ihrem innern Wesen nach bedeute, findet sich meines Wissens nirgends.

Diesem dürftigen Stande der Quellen entspricht im allgemeinen auch die Behandlung der Lehre in unsrer heutigen Theorie. Schlägt man das Wort „Rechnungsablage" in dem Register unsrer neuern Lehrbücher auf, so findet man dasselbe in den meisten gar nicht. Gelegentlich wird wohl gelehrt, daß der Verwalter fremden Vermögens, der Vormund u. s. w. zur Rechnungsablage pflichtig sei. Was das aber bedeute, scheint als selbstverständlich vorausgesetzt zu werden. Nur einige ältere Lehrbücher widmen der „Verpflichtung zur Rechnungsablage" einen selbständigen Paragraphen,[4]) wobei sie aber meistens nicht weit über den Inhalt des Quellenmaterials hinausgehen.

In der Praxis dagegen spielt die Verpflichtung zur Rechnungsablage eine ziemlich bedeutende Rolle. Die Praxis ist dabei meistens auf ihren natürlichen Takt verwiesen; und je nachdem dieser mehr oder minder vorwaltet, fallen die Entscheidungen mehr oder minder gut aus. Weil man die Rechnungsablage regelmäßig in einer bestimmten Form, nach den Regeln des sogenannten Rechnungsstils, sich vollziehen sieht, hält man vielfach diese Form für das Wesen der Sache, während letzteres doch von der Form ganz unabhängig ist. Wo man aber auch, tiefer blickend, bereits anerkannt hat, daß das Wesen der Rechnungsablage in einer Auskunftserteilung besteht, hat man sich doch öfters nicht klar gemacht, daß in der Rechnungsablage eine Auskunft begehrt wird, nicht wie ein Zeuge sie erteilt über etwas ihm selbst Gleichgiltiges, sondern eine Auskunft, die den Zweck hat, den Rechnungssteller selbst materiell haftbar erscheinen zu lassen, sodaß die

4) So Schweppe, Röm. Privatrecht I § 209. Mühlenbruch, Doctr. Pand. I § 133. Seuffert, Prakt. Pandektenrecht II § 347. — Eine Abhandlung bei Leyser, De redditione rationum, Med. Spec. 677, bespricht vorzugsweise das Verhältnis öffentlicher Rechnungsführer und ist ziemlich wertlos.

Verpflichtung zur Rechnungsablage von dieſer materiellen Verpflichtung überall getragen wird. Darauf beruht denn auch der höchſt weſentliche, aber vielfach mißachtete Unterſchied zwiſchen Einnahme- und Ausgabepoſten. Ebenſo iſt man nicht im Klaren über das Maß der Genauigkeit, mit der die in der Form der Rechnungsablage zu gewährende Auskunft zu erteilen ſei. Und endlich iſt die Praxis meiſtens in der größten Verlegenheit, wenn es ſich darum handelt, eine Verurteilung zur Rechnungsablage zu vollziehen, da alle gewöhnlichen Vollziehungsmittel an der Natur dieſer Verpflichtung ſcheitern.

Es ſoll verſucht werden, durch dieſen Aufſatz in allen dieſen Beziehungen größere Klarheit über die Sache zu verbreiten.

§ 2

Die Bedeutung der Verpflichtung zur Rechnungsſtellung iſt nicht zu verſtehen, wenn man nicht auf die allgemeinen Pflichten der Parteien im Prozeß zurückgeht. Der Regel nach liegt jeder Partei es ob, diejenigen Thatſachen, die zur nähern Begründung der von ihr (klagend oder einredeweiſe) geltend gemachten Rechtsverhältniſſe dienen, mit der Genauigkeit darzulegen, die man überhaupt in menſchlichen Verhältniſſen für den geſchäftlichen Verkehr begehren kann, ſowie ferner auf Grund dieſer Thatſachen ihre Anſprüche qualitativ und quantitativ genau zu formulieren. Die Nötigung hierzu hat den doppelten Zweck: einmal die Gegenpartei in die Lage zu ſetzen, ſich beſtimmt auf die Behauptungen und die Anſprüche ihres Gegners erklären zu können; und ſodann auch den Richter in die Lage zu ſetzen, die Behauptungen in ihrer Erheblichkeit zu prüfen, über die beſtrittenen Beweis zu fordern und endlich die von ihm auszuſprechende Verurteilung genau zu begrenzen. Von dieſen prozeſſualiſchen Pflichten kann eine Partei auch nicht etwa deshalb entbunden werden, weil ſie zufällig nicht in der Lage iſt, ſie erfüllen

zu können. Wenn ein Erbe klagend aufträte und sagte, er wisse, daß sein Erblasser dem Verklagten öfters Geld dargeliehen habe; es fehle ihm aber darüber an nähern Aufzeichnungen; er bitte deshalb, den Verklagten zu verurteilen, selbst zu sagen, was für Darlehen er empfangen habe, und wie viel er hiernach schulde: so würde der Kläger mit einer solchen Klage kein Gehör finden.

Es giebt aber Rechtsverhältnisse, in deren Natur es liegt, daß der Berechtigte nicht wissen kann, wie seine Ansprüche gegen den Verpflichteten thatsächlich sich begründen und begrenzen. Soll hier überhaupt das Recht geschützt werden, so muß ein Mittel gegeben sein, dem Berechtigten in andrer Weise, als vermittelst der eignen Begründung und Formulierung seiner Ansprüche, die Rechtsverfolgung zu ermöglichen. Ein solches Mittel ist ihm gewährt, indem ausnahmsweise das Recht in Verhältnissen dieser Art den, gegen den die Ansprüche sich richten, verpflichtet, seinerseits mit Angabe der Thatsachen vorzugehen, die die Ansprüche des andern begründen.[5]) Diese Verpflichtung nennen wir — nach der Form, in der sie gewöhnlich erfüllt wird — Verpflichtung zur Rechnungsablage. Wo diese Form nicht paßt, brauchen wir den Ausdruck nur ein wenig zu ändern, um uns das Wesen der Sache klar zu erhalten, indem wir statt „Rechnungsablage" sagen: „Rechenschaftsablage."

Der Anspruch auf Rechnungsablage ist hiernach im Grunde genommen kein materieller, sondern ein prozessualischer, darauf gerichtet, daß der Verklagte darlege, was der Kläger aus dem betreffenden Verhältnisse zu fordern habe. Statt seinerseits mit Behauptungen vorzugehen, begehrt der Kläger vom Verklagten Geständnisse. Aber freilich steckt hinter diesem prozessualischen Anspruch der materielle Anspruch auf

5) Auf ähnlichen Rücksichten beruht die Gewährung der actio ad exhibendum als Vorbereitungsmittel für dingliche Klagen. l. 1 l. 3 § 3 sq. D. ad exhib. (10, 4).

Herausgabe dessen, was es dem Kläger nach dem Ergebnis der Rechnungsablage herauserträgt, der Anspruch auf das reliquum reddere. Dieser Anspruch ist selbstverständlich in jeder Klage auf Rechnungsablage mitbegriffen. Er bildet den materiellen Kern derselben.

Fragen wir, was für Rechtsverhältnisse es seien, in denen der Kläger eine solche prozessualische Verpflichtung des Verklagten in Anspruch nehmen kann, so lassen sich dieselben auf die allgemeine Voraussetzung zurückführen, daß jemand, berufen oder unberufen, fremdes Vermögen verwaltet oder fremde Geschäfte geführt hat. Hat jemand Vermögen, das mir gehört, in Besitz genommen, oder hat er Gelder für mich vereinnahmt, so kann ich natürlich nicht wissen, was und wie viel er mir daraus schuldig geworden. Er aber kann es wissen, und kann nicht ohne Arglist es mir hinterhalten wollen.[6]) Diese Voraussetzung tritt aber nicht bloß ein in gewissen, dem Obligationenrecht angehörigen Verhältnissen, bei denen gewöhnlich gelehrt wird, daß der eine Teil dem andern zur Rechnungsablage verpflichtet sei (Mandat, negotiorum gestio, Vormundschaft u. s. w.). Sie kann auch dinglichen Ansprüchen gegenüber bestehen. So wird (nach der Praxis) der, der verurteilt ist, eine Sache mit den von ihm gezognen Früchten herauszugeben, schuldig gehalten, über seinen Fruchtbezug Rechnung zu stellen. Vorzugsweise aber hat die Verpflichtung zur Rechnungsablage eine hohe Bedeutung und spezifische Ausbildung gewonnen bei den Erbschaftsklagen.[7])

---

6) Soweit der Geschäftsherr selbst dem Geschäftsführer Vermögen zur Verwaltung übergeben hat, muß er freilich dieses Vermögen kennen, und eine Rechnungsablage wird daher nicht über den Empfang dieses Vermögens, sondern nur über dessen weitere Verwaltung (Vermehrung oder Verminderung) gefordert werden können. Vgl. Seuffert, Arch. 23 Nr. 188.

7) Schweppe sagt im Eingang des in Note 4 zit. §: „Jeder, der fremdes Vermögen in Händen hat, wie der Erbschaftsbesitzer, oder der fremde Geschäfte besorgt, wie der Mandatar, neg. gestor, Vormund, ist zur Rechnungsablage verbunden."

Mit diesen letzten wollen wir für einen Augenblick vorweg uns beschäftigen.

§ 3

Eine Erbschaft umfaßt die Gesamtheit der Gegenstände, die zur Zeit des Ablebens eines Verstorbnen sich in dessen Besitz befunden haben — den Nachlaß. Um einen Nachlaß jemandem abzuholen, muß man natürlich wissen, welche einzelne Gegenstände dazu gehören. Der Erbe, der noch gar nicht in den Besitz des Nachlasses gekommen ist, kann dies aber nicht wissen. Umgekehrt kann der, der Nachlaßgegenstände an sich genommen, hierüber gewiß Auskunft geben. Daher die Verpflichtung des mit der hereditatis petitio Belangten, wenn er zur Herausgabe der Erbschaft verurteilt wird, über den Bestand der in seinen Händen befindlichen Nachlaßgegenstände Rechenschaft abzulegen. Gerade hierdurch charakterisiert sich auch noch im heutigen Rechte diese Klage als eine Universalklage. Der Kläger kann auf „Herausgabe der Erbschaft" klagen, ohne in der Klage oder in einer spätern Liquidationsinstanz die einzelnen Gegenstände, die er als „Erbschaft" in Anspruch nimmt, bezeichnen zu müssen. Er darf erwarten, daß der Verurteilte seinerseits mit dieser Bezeichnung vorangehe. Nur muß er natürlich, um diese Verurteilung zu erwirken, den Verklagten als einen solchen qualifizieren, der (mutmaßlich) in der Lage ist, „Erbschaft" herauszugeben. Diese Qualifikation des Verklagten aber kann auf doppelter Grundlage beschafft werden.

Entweder prätendiert der Verklagte, Erbe selbst oder Miterbe zu sein. Dann genügt dieser von ihm selbst sich beigelegte Beruf, von der Erbschaft Besitz zu ergreifen, für die Annahme, daß er auch als Erbe gehandelt und Erbschaftssachen an sich genommen. Er kann deshalb von dem wahren Erben auf Herausgabe der Erbschaft, über deren Besitzergreifung im einzelnen er selbst Rechenschaft zu geben hat, belangt werden.

Oder der Verklagte nimmt nicht in Anspruch, selbst Erbe zu sein. Dann muß ihm freilich, um ihn als zur „Herausgabe der Erbschaft“ pflichtig zu qualifizieren, nachgewiesen werden, daß er überhaupt in die Erbschaft eingegriffen, also irgend welche Nachlaßgegenstände an sich genommen. Ist dies aber erwiesen, dann wird er wiederum nicht bloß zur Herausgabe dieser Gegenstände, sondern überhaupt zur „Herausgabe der Erbschaft“ verurteilt, mit der Verpflichtung, über alles, was er aus der Erbschaft überkommen hat, Rechnung abzulegen.[8])

Nicht minder spielt die Verpflichtung zur Rechnungsablage eine wesentliche Rolle bei der Erbteilungsklage. Da jeder Miterbe in gleicher Weise den Beruf hat, von der Erbschaft Besitz zu ergreifen, der eine Miterbe aber nicht wissen kann, was der andre in dieser Beziehung gethan hat, so braucht der Erbe, der gegen seinen Miterben auf Teilung der Erbschaft klagt, nur diejenigen Sachen als Gegenstand der Teilung zu bezeichnen, die er selbst etwa besitzt; wogegen er verlangen kann, daß sein Miterbe seinerseits die Sachen bezeichne, die er aus der Erbschaft in Händen hat. So bildet sich auch hier durch gegenseitige Rechnungsablage für die Erbteilung das praktische Objekt.

---

8) Ausnahmsweise ist jene Nachweisung nicht einmal nötig. Eine weit verbreitete Praxis gestattet nämlich schon gegen jeden, der in dem Sterbehause sich befunden, eine Klage „auf Leistung des Manifestationseides.“ (Vergl. Seuffert, Arch. VIII. 190. XVI. 265. XXI. 265.) Diese Klage ist nichts andres als eine Erbschaftsklage, gerichtet auf Herausgabe dessen, was der Verklagte etwa aus der Erbschaft sich angeeignet, worüber er in Form des Manifestationseides Rechnung ablegen soll. Denn der Manifestationseid, auf dessen Leistung geklagt werden soll, ist ja nicht Selbstzweck, sondern nur Mittel, um den Verklagten zu nötigen, einzugestehen, daß und welche Gegenstände aus dem Nachlaß er an sich genommen. Gestände er dies wirklich ein, so würde er sofort zur Herausgabe dieser Gegenstände zu verurteilen sein, und damit die Klage ihr eigentliches Ziel erreichen.

§ 4

Wenden wir uns nun zurück zu den Verhältnissen, bei denen gewöhnlich allein von einer Verpflichtung zur Rechnungsablage geredet wird, weil hier diese durch Aufstellung einer „Rechnung," d. h. eines Verzeichnisses von Einnahmen und Ausgaben mit gezognem Fazit erfolgt. Wenn ich in einem Falle dieser Art „Rechnungsstellung" begehre, so begehre ich damit allerdings eine Aufzeichnung, worin mein Gegner Einnahmen und Ausgaben zusammenstellt. Mein eigentliches Interesse, und folgeweise auch mein Recht, besteht aber doch nur darin, daß der andre mir seine Einnahmen verzeichnet, weil diese allein es sind, die meine Ansprüche wider ihn begründen. Um uns dieses sofort klar zu machen, brauchen wir nur einmal einen Fall zu unterstellen, wo Einnahmen gar nicht in Frage stehen. Wenn ich einem Handwerker, der für mich gearbeitet, dabei vielleicht auch Auslagen bestritten hat, sage: „Schicken Sie mir doch eine Rechnung," so begehre ich damit auch ein Ding, das Rechnung heißt. Aber nimmermehr ist mein Begehren ein Anspruch auf Rechnungsablage. Denn ich begehre die Rechnung nur, um auf deren Grundlage in Güte einer Schuld mich zu entledigen. Wollte der Handwerker, ohne mir zuvor eine Rechnung geschickt zu haben, sein Guthaben gegen mich einklagen, so würde ich ihm erwidern dürfen: „Ich zahle die Schuld, aber keine Prozeßkosten, da, so lange du mir keine Rechnung schicktest, ich nicht im Verzuge war." Die Pflicht, in einem solchen Falle eine Rechnung zu stellen, ist also keine andre, als die des Gläubigers überhaupt, den Schuldner, ehe er ihn verklagt, gehörig zu mahnen. Darauf, daß der Gläubiger diese Pflicht erfülle, hat aber der Schuldner keine Klage. Vielmehr erzwingt sich diese Pflicht von selbst dadurch, daß der Gläubiger, wenn er sie nicht erfüllt, keine Zahlung bekommt, und wenn er dann die Schuld einklagen sollte, in die Prozeßkosten verurteilt wird.

In gleicher Weise verhält es sich, wenn mir jemand gegenüber steht, der sowohl Einnahmen als Ausgaben für mich gehabt hat. Hier sind es die Einnahmen, die ich vor allem wissen muß, um einen materiellen Anspruch wider ihn zu erheben. Und um diese Einnahmen zu erfahren, steht mir der, nötigenfalls im Wege der Klage verfolgbare, Anspruch auf Rechnungsablage zu. An Verzeichnung der Ausgaben dagegen habe ich nur insofern ein Interesse, als ich wünschen muß, über diese Ausgaben und deren Abrechnung an den Einnahmen mit meinem Gegner in Güte mich zu verständigen, hierzu aber natürlich erforderlich ist, daß er seine Ausgaben mir kundgiebt. Thut er das nicht, so habe ich an deren Verzeichnung an sich kein Interesse, da sie ja nur dazu dienen, meine Ansprüche zu verringern. Ich bin dann in der Lage, die Einnahmen allein meiner Klage zu Grunde zu legen und deren Betrag unvermindert einzuklagen. Wendet dann mein Gegner ein, er habe auch Ausgaben gemacht, die von den Einnahmen abgingen, und erbringt er diese Ausgaben noch nachträglich im Prozeß, so muß ich mir das freilich gefallen lassen. Verlangt er aber, daß ich nun wegen dieser Minderung meines Klaganspruchs Prozeßkosten bezahlen soll, so darf ich ihm erwidern: „Du hättest mir früher auf Ansuchen deine Ausgaben verzeichnen sollen; dann würde ich sie in Güte mir haben abrechnen lassen.“ Mit diesem Einwand werde ich seinen Anspruch auf Ersatz von Prozeßkosten aus dem Felde schlagen.

Wohl aber liegt es im Interesse und im Rechte des Rechnungsstellers selbst, daß, wenn er seine Einnahmen verzeichnet, er diesen Einnahmen zugleich seine Ausgaben gegenüberstellt, um dadurch seine durch die Einnahmen begründete Schuld wieder aufzuheben oder zu mindern oder auch nach Befinden den Überschuß der Ausgaben von mir herauszufordern. Stellt er nun so den Einnahmen die Ausgaben gegenüber, so bilden diese nicht minder wie jene einen Teil der Rechnung, über die zu verhandeln ist. Dabei

bewahren aber ſtets beide ihren eigentümlichen Charakter. Die verzeichneten Einnahmen ſind verpflichtende Zugeſtändniſſe.[9]) Die Ausgaben ſind Klaganſprüche des Rechnungsführers gegen den Geſchäftsherrn, wie alle andern auch.

Nichts aber hat auf die ganze Lehre von der Pflicht zur Rechnungsſtellung ſo verwirrend gewirkt wie der Umſtand, daß man Verzeichnung von Einnahmen und Ausgaben unterſchiedslos als deren Gegenſtand ſich gedacht hat. Eine der verkehrteſten Folgen dieſer Verwirrung hat namentlich darin beſtanden, daß man auch da, wo der Geſchäftsherr gar keine Einnahme verzeichnet begehrte (weil er ſie bereits kannte), dennoch, lediglich um der Verzeichnung der Ausgaben willen, eine Klage auf „Rechnungsſtellung" nicht allein zugelaſſen, ſondern mitunter ſogar als Vorbedingung für die Rechtsverfolgung des Geſchäftsherrn gefordert hat. Das heißt die Prozeſſe nutzlos verdoppeln.

§ 5

Soll eine geſtellte Rechnung Wert haben, ſo muß ſie eine gewiſſe Vollſtändigkeit beſitzen. Und zwar muß ſie vollſtändig ſein in quanto und in quali.

Unter Vollſtändigkeit in quanto verſtehe ich, daß nicht Rechnungspoſten ganz fehlen.

Unter Vollſtändigkeit in quali verſtehe ich, daß die einzelnen Poſten eine ſo genaue Darlegung des ihnen zu Grunde liegenden Thatbeſtandes erhalten haben, als das Intereſſe des Rechnungsherrn erheiſcht. Man kann dies auch die Subſtantiierung der Rechnungspoſten nennen. Daran knüpft ſich ferner die Frage über das Erfordernis der ſogenannten Rechnungsbelege.

Bei dieſer ganzen Unterſuchung tritt nun aber der Gegenſatz zwiſchen Einnahme- und Ausgabepoſten, und daß nur die

9) Die Rechnungsſtellung bildet in dieſer Beziehung einen Anerkennungsvertrag.

erstern den eigentlichen Gegenstand der Rechnungsablage bilden, entschieden hervor.

Bezüglich der Ausgabeposten hat der Rechnungsherr nicht das mindeste Interesse, daß der Rechnungssteller sie in quanto vollständig verzeichne. Denn jedes Weglassen solcher Posten erhöht nur das Ergebnis der Rechnung zu Gunsten des Rechnungsherrn. Also wird man auch nicht von einem Rechte des Rechnungsherrn auf vollständige Verzeichnung dieser Posten in quanto reden können.

Auch bei der qualitativen Vollständigkeit dieser Posten ist zunächst nur der Rechnungssteller selbst interessiert, indem er durch gehörige Darlegung derselben hoffen darf, den Rechnungsherrn zu deren Anerkennung in Güte zu vermögen. Allerdings liegt ja eine solche gütliche Einigung auch im Interesse des Rechnungsherrn, und insofern kann dieser gewiß den Rechnungsführer auffordern, Ausgabeposten besser zu begründen. Aber ein Recht auf qualitative Vollständigkeit der Ausgabeposten wird man daraus für den Rechnungsherrn doch nicht ableiten wollen. Unterläßt der Rechnungssteller, die Ausgabeposten in genügender Weise darzulegen, so hat ja der Rechnungsherr, um seine Interessen zu wahren, das allereinfachste Mittel in der Hand: er erkennt die unbegründeten Ausgabeposten nicht an und klagt das Ergebnis der Rechnung ohne Rücksicht auf sie ein. Dann muß der Rechnungssteller einredeweise geltend machen: „ich habe noch die und die Ausgaben gemacht, die an der Rechnung abgehen.“ Und damit ernötigt sich die Substantiierung dieser Ausgabeposten von selbst, da ja auch im Prozeß der Rechnungsführer nur mit solchen Ausgabeposten durchlangen kann, die er genügend darlegt. Hätte er aber bei der vorgängigen Rechnungsstellung die genügende Darlegung unterlassen, so würde ihn, auch wenn er dieselbe nachträglich im Prozeß erbrächte, doch der Nachteil treffen, daß er die durch deren gerechtfertigte Bestreitung veranlaßten Prozeßkosten zu tragen hätte.

Auch die Beibringung von Belegen zu den Ausgabe-

posten liegt zunächst nur im Interesse des Rechnungsstellers selbst, indem es ihm darum zu thun sein muß, durch diese Belege womöglich in Güte den Rechnungsherrn von der Richtigkeit der Ausgabeposten zu überzeugen. Unterläßt der Rechnungssteller deren Beibringung, so hat wiederum der Rechnungsherr darin, daß er die Posten nicht anerkennt, das einfachste Mittel in der Hand, um den Rechnungssteller zum prozessualischen Beweise der Posten zu nötigen.

Weiter kommt hierbei noch folgender Gesichtspunkt in Betracht. Hat der Geschäftsführer durch seine Ausgaben Rechtsverhältnisse des Geschäftsherrn zu dritten Personen geordnet, also z. B. Schulden des Geschäftsherrn an Dritte bezahlt, dann kann es dem Geschäftsherrn nicht genügen, daß ihm über die geleisteten Zahlungen ein rein prozessualischer, vielleicht auch für seine eigne Überzeugung ausreichender Beweis erbracht wird; sondern er kann auch verlangen, daß ihm vom Geschäftsführer die im Geschäftsverkehr üblichen Beweismittel geliefert werden, durch die er in die Lage versetzt wird, den Dritten gegenüber die geleisteten Zahlungen nötigenfalls zu erweisen. In diesem Sinne bildet also unter Umständen die Beibringung von Belegen zu den Ausgabeposten allerdings ein Recht des Rechnungsherrn. Aber es handelt sich dabei nicht um eine formelle Vollständigkeit der abgelegten Rechnung, sondern um einen Teil der materiellen Pflichterfüllung des Geschäftsführers. Hat dieser schuldvoll unterlassen, sich über die von ihm für den Geschäftsherrn geleisteten Zahlungen von den Zahlungsempfängern die im Geschäftsverkehr üblichen Beweismittel zu verschaffen (also namentlich Quittungen geben zu lassen), läuft deshalb der Geschäftsherr Gefahr, daß diese Zahlungen später von den Empfängern ihm abgeleugnet und dann nicht erwiesen werden könnten, so wird er verlangen dürfen, daß der Geschäftsführer diese Gefahr ihm abnehme, d. h. ihm Sicherheit dafür leiste, daß der Beweis der Zahlungen auch den Dritten gegenüber werde erbracht werden. Die Verfolgung dieses Anspruchs gehört aber in das

Defekturverfahren. Der Zwang wider den Rechnungsführer wird auch hier dadurch zu realisieren sein, daß, so lange er die schuldige Sicherheitsleistung nicht gewährt, die betreffenden Ausgabeposten ihm nicht zu gute gerechnet werden.

Wo aber auch aus dem gedachten Gesichtspunkt der Rechnungsherr ein Recht darauf hat, daß der Rechnungssteller Ausgabebelege beibringe, wird dieser doch nicht eher solche dem Rechnungsherrn auszuhändigen brauchen, als bis derselbe die Ausgaben anerkannt und den Rechnungssteller entsprechend entlastet hat. Denn auch Belege dieser Art dienen in erster Linie dem Rechnungssteller selbst zur Sicherung seiner Rechte dem Rechnungsherrn gegenüber. Er genügt daher seiner Verpflichtung, wenn er letzterm einstweilen die Belege nur zur Einsicht offen legt.[10])

§ 6

Eine ganz andre Bedeutung nimmt die Frage über die Vollständigkeit der Rechnung bei den Einnahmeposten ein

Bezüglich dieser ist die Vollständigkeit in quanto geradezu eine Lebensfrage für die Pflicht zur Rechnungsstellung überhaupt. Es ist klar, daß, wenn der, der zur Rechnungsablage schuldig erkannt wird, schon damit abkommt, daß er von 100 gemachten Einnahmen nur etwa 3 Posten in Rechnung stellt, oder daß er vielleicht gar in die Rechnung hineinsetzt:

Einnahme — 0,

damit die ganze Pflicht zur Rechnungsstellung eine leere wird. Soll diese Pflicht überhaupt Realität haben, so muß ein Mittel gegeben sein, das den Rechnungssteller nötigt, die Einnahmeposten vollständig zu verzeichnen, mindestens so vollständig, als er dazu imstande ist. Was für ein Mittel dies sei und der Natur der Sache nach nur sein könne, darauf werde ich unten (§ 9) zurückkommen.

Verwickelter stellt sich die Frage über das Erfordernis

10) Vgl. Seuffert, Arch. XII. 138. XV. 124.

qualitativer Vollständigkeit bei den Einnahmeposten. Hier könnte man zunächst davon ausgehen, daß an einer genauern Darlegung dieser Posten der Rechnungsherr gar kein Interesse habe, weil ja diese Posten Geständnisse darstellen, die auch ohne jede Darlegung des zu Grunde liegenden Verhältnisses den Rechnungssteller verpflichten. Dies letztere ist ohne Zweifel richtig. Der Geschäftsherr wird die verzeichneten Einnahmen ohne Rücksicht auf deren Substantiierung seiner Klage zu Grunde legen können.

Aber der Geschäftsherr hat bei Verzeichnung der Einnahmen doch auch noch andre Interessen. Er will diese in einer Weise verzeichnet haben, daß er darnach die Thätigkeit des Rechnungsstellers einer gewissen Prüfung unterwerfen, auch nach Befinden darnach seine von dieser Thätigkeit berührten Verhältnisse zu Dritten bemessen kann. Habe ich also z. B. jemandem die Verwaltung meines Landguts übertragen, so werde ich mich nicht damit zufrieden erklären, wenn mein Verwalter in Rechnung stellt:

für verkauften Roggen — 610 Thlr.
für verkauften Weizen — 427 Thlr. u. s. w.,

sondern ich will auch wissen, wie viel Roggen und wie viel Weizen geerntet, und zu welchen Preisen im einzelnen die Frucht verkauft ist, um darnach bemessen zu können, ob mein Verwalter richtig gewirtschaftet hat. Habe ich jemanden beauftragt, die Zinsen meiner ausstehenden Kapitalien zu vereinnahmen, so wird es mir nicht genügen, wenn mein Geschäftsführer lediglich die eingenommenen Beträge in Rechnung stellt, sondern ich werde verlangen, daß er bei jedem gezahlten Betrag auch die zahlenden Schuldner namhaft mache, damit ich weiß, welche Schuldner gezahlt haben, und welche noch im Rückstande sind. In diesem Sinne hat also der Geschäftsherr ein Interesse dabei, daß die Einnahmeposten nicht allein in quanto vollständig verzeichnet werden, sondern auch in quali eine gewisse Vollständigkeit besitzen; und der Anspruch hierauf ist ohne Zweifel in dem Anspruch auf Rechnungsablage mit begriffen.

Dieser Anspruch wird nun aber öfters in der Weise verfolgt, daß der Geschäftsherr, der eine seiner Meinung nach qualitativ unvollständige Rechnung empfangen hat, erklärt: „Die so gestellte Rechnung ist gar keine Rechnung; und ich bitte deshalb den Geschäftsführer zur Stellung einer andern bessern Rechnung zu verurteilen.“ Eine solche Bitte ist schon deshalb verkehrt, weil es doch verständigerweise nicht wohl in der Absicht des Geschäftsherrn liegen kann, den Vorteil, den ihm die wenn auch schlecht gestellte Rechnung gewährt, wieder aus der Hand zu geben. Dieser Vorteil besteht darin, daß die Einnahmeposten, mögen sie auch noch so wenig substantiiert sein, doch stets Geständnisse enthalten, die den Rechnungssteller auf die in Einnahme gesetzten Summen verpflichten. Würde nun aber die ganze Rechnung verworfen, so würde in der neuen Rechnung der Rechnungssteller diese Geständnisse zurücknehmen und statt dessen hineinsetzen dürfen:

Einnahme — 0.

Jene Bitte kann daher, wenn man sie dem wirklichen Interesse des Rechnungsherrn gemäß auslegt, nicht als auf eine ganz neue Rechnung, sondern nur als auf eine Vervollständigung der bereits gestellten Rechnung gerichtet angesehen werden.

Es ist hiernach die Frage zu prüfen: in welchem Maße ist denn der Rechnungssteller verpflichtet, die Rechnung [d. h. die darin verzeichneten Einnahmeposten qualitativ vollständig aufzustellen oder die unvollständig aufgestellten] zu vervollständigen? Auch in dieser Beziehung bewegt sich die Praxis öfters in der irrigen Anschauung, als ob Vollständigkeit und Unvollständigkeit einer Rechnung formelle Begriffe seien, die sich absolut bemessen ließen; als ob sie Dinge seien, die man sofort äußerlich der Rechnung ansehen könnte. Eine Rechnung kann sehr wohl alles Wissenswerte für die Beteiligten enthalten, ohne gleichwohl einem Dritten verständlich zu sein. Und umgekehrt kann eine Rechnung äußerlich vollständig erscheinen, und doch der innern Vollständigkeit entbehren.

Die Frage über die qualitative Vollständigkeit der

Rechnung ist keine Frage der Form, sondern sie betrifft die Materie. Sie ist immer nur konkreter Erörterung fähig. Und zwar bemißt sich das, was in dieser Beziehung dem Rechnungssteller gegenüber gefordert werden kann, nach dem, was

einerseits der Geschäftsherr zu wissen ein Interesse hat,

und andrerseits der Rechnungssteller an Auskunft zu geben imstande ist.

§ 7

Das Verfahren, das der Rechnungsherr eröffnet, um den Rechnungssteller zu einer Vervollständigung seiner Rechnungsablage in quali zu veranlassen, bildet das sogenannte Monitur verfahren; streng zu unterscheiden von dem Verfahren, das nach vollständig bewirkter Rechnungsablage (s. unten § 11) dazu dient, die abgelegte Rechnung in quanto zu ergänzen und zu berichtigen (Defekturverfahren). Das Monitur verfahren bildet nur eine weitere Verfolgung des Anspruchs auf Rechnungsablage; es will noch weitere Auskunftserteilung als die bereits in der gestellten Rechnung enthaltene vom Rechnungssteller erzielen. Und als letztes Mittel, diese Auskunft zu erzwingen, ist kein andres gegeben als das, das überhaupt dazu dient, den Rechnungssteller zu nötigen, bei seiner Rechnungsstellung bona fide zu verfahren (§ 9). Das Defekturverfahren dagegen nimmt die abgelegte Rechnung als vollendete Thatsache zur Grundlage, ficht aber deren Ergebnis mittelst selbständiger neuer Behauptungen oder Ableugnungen an. Beide Verfahren müssen natürlich getrennt gehalten werden, wenn nicht der ganze Rechnungsprozeß sich verwirren soll.

In jenem Monitur verfahren nun hat vor allem der Rechnungsherr speziell zu sagen, in welcher Beziehung er die Posten der gestellten Rechnung für unvollständig dargelegt hält, und welche Vervollständigungen er deshalb begehrt. Es versteht sich von selbst, daß er dabei auch auf Unvollständigkeiten in Darlegung der Ausgabeposten, Mangel der Ausgabebelege u. s. w. hinweisen kann, um den Rechnungssteller

zur Beseitigung dieser Mängel zu veranlassen. In dieser Beziehung steht aber der Rechnungssteller doch immer nur unter dem Präjudiz, daß sonst der Rechnungsherr die Ausgabeposten nicht anerkennt, und dann der Rechnungssteller diese im Defekturverfahren prozessualisch darlegen und beweisen muß. Das eigentliche Ziel des Monitorverfahrens, als eines Teils des Anspruchs auf Rechnungsablage, bilden daher stets nur die Einnahmeposten.

Zur Begründung der von ihm gestellten Fragen hat der Rechnungsherr, soweit sich sein Interesse nicht schon von selbst ergiebt, dieses darzulegen und glaubhaft zu machen. Gleiche Fragen, die zu einer Mehrzahl von Posten zu stellen sind, können natürlich auch unter einer allgemeinern zusammengefaßt werden (monita generalia). Auch können aus der Beantwortung der ersten Fragen weitere Fragen als berechtigt sich ergeben. Dagegen ist es nicht für geeignet zu halten, wenn der Rechnungsherr irgend einen Mangel der gestellten Rechnung beispielsweise hervorhebt und nun auf dieser Grundlage bittet: „den Verklagten zu besserer Rechnungsstellung anzuhalten.“ Als ob es eine absolute Schablone für eine „gute Rechnungsstellung“ gäbe!

Um klar zu machen, in welchem Sinne ich es verstehe, wenn ich für die qualitative Vervollständigung der Rechnung eine konkrete Fragstellung begehre, will ich ein einfaches Beispiel wählen. Denken wir uns, ich habe jemanden beauftragt, meine Kapitalzinsen einzunehmen, so wird er in der Regel seiner Verpflichtung als Rechnungssteller genügen, wenn er die Namen der Schuldner und die gezahlten Beträge aufzeichnet und mir vorlegt. Gesetzt, ich hätte aber zwei Schuldner desselben Namens, Christoph Müller, den einen zu A., den andern zu Z. wohnhaft, in der gestellten Rechnung stünde aber nur unter den Einnahmen:

Christoph Müller, gezahlte Zinsen — 100 Thlr.,

so ist gewiß meine Frage berechtigt: ist der C. M., der gezahlt hat, der von A. oder der von Z. gewesen? Nicht aber

kann ich klagen: „Der Rechnungssteller hat zwar die Namen der Zahlenden, aber nicht deren Wohnort in der Rechnung aufgeführt. Ich bitte ihn deshalb zu besserer Rechnungsstellung anzuhalten.“ Denn die Frage, ob zur Vollständigkeit der Rechnung auch die Anführung des Wohnorts der Zahlenden u. s. w. gehöre, ist gar nicht absolut zu entscheiden. Auch braucht der Rechnungssteller, um die Erläuterungen zu erteilen, sicherlich nicht stets eine neue Rechnung aufzustellen, sondern er genügt seiner Pflicht, wenn er sie in der Form der laufenden Verhandlungen giebt. Sollte dadurch die Übersichtlichkeit beeinträchtigt werden, so würde der Richter durch einen Sachverständigen die erforderliche Zusammenstellung auf Kosten des Rechnungsstellers anfertigen lassen können.

Weigert aber der Rechnungssteller, eine begehrte Auskunft zu erteilen, dann muß über die Pflicht hierzu natürlich der Richter entscheiden. Die Entscheidung muß nach verständigem Ermessen erfolgen. Sie darf aber stets dergestalt zu Gunsten des Geschäftsherrn neigen, daß, wo irgend ein Interesse des letztern unterstellt werden darf, die Berechtigung der Fragstellung nicht zu verneinen ist. Diese Begünstigung des Geschäftsherrn ist deshalb unbedenklich, weil andrerseits anzuerkennen ist, daß die Pflicht des Rechnungsstellers zur Auskunfterteilung sich dahin begrenzt, daß er nicht mehr Auskunft zu erteilen braucht, als er zu leisten imstande ist.

§ 8

Dieser letztere Satz mag vielleicht auf den ersten Blick auffällig erscheinen. Ist die gehörige Rechnungsstellung überhaupt eine Pflicht des Geschäftsführers, wie kann dieselbe bedingt sein durch das zufällige Maß, in dem er dieser Pflicht zu genügen vermag? Soll der Geschäftsführer dieser Pflicht dadurch enthoben sein, daß er sich verschuldeterweise nicht in den Stand gesetzt, dieselbe erfüllen zu können? Darauf erwidere ich: es ist nicht die Absicht jenes Satzes, dem Rechnungssteller sein etwaiges Verschulden zu schenken. Nur

behaupte ich: der Anspruch aus einem solchen Verschulden kann nicht in der Form einer Klage auf Rechnungsstellung verfolgt werden. Der Anspruch auf „Rechnungsstellung" hört auf, sobald feststeht, daß der Rechnungssteller weitere Auskunft nicht geben kann.

Auch in dieser Beschränkung bedarf der Satz noch einer nähern Rechtfertigung insofern, als im allgemeinen doch nicht zu beanstanden ist, daß ein obligatorischer Anspruch auch dann in der Form der Klage auf die Sache selbst verfolgt werde, wenn der Schuldner verschuldeterweise sich außer stande gesetzt hat, die Sache zu leisten. Wenn ich meinen Rock dem Schneider zum Ausbessern gegeben habe und dieser ihn nicht zurück liefert, so klage ich auf „Rückgabe des Rockes," unbekümmert darum, daß der Schneider behauptet, der Rock sei ihm gestohlen. Denn mit der hierauf gegründeten Einrede wird der Schneider nur dann gehört, wenn er darlegt, daß der Rock ohne sein Verschulden abhanden gekommen. Vermag er das nicht, so wird er zur „Rückgabe des Rockes" verurteilt; und es bleibt der Vollziehungsinstanz überlassen, ob diese Rückgabe in Natur oder nur in Form einer Entschädigung erzwungen werden könne. In gleicher Weise, könnte man sagen, müsse auch der, der sich verschuldeterweise außer stande gesetzt, gehörige Rechnung zu stellen, zu „besserer Rechnungsstellung" verurteilt werden; und es könne dann der Vollziehungsinstanz überlassen bleiben, daß statt dessen Entschädigung gefordert werde.

Diese Annahme würde aber nur dann richtig sein, wenn die „Rechnungsstellung" ein Ding wäre, das, wie ein abhanden gekommener Rock, an sich einen Wert hätte. So ist es aber nicht. Auf den Ausspruch, daß jemand verpflichtet gewesen wäre, bessere Rechnung zu stellen, kann an und für sich noch kein Entschädigungsanspruch gegründet werden, sondern dieser bedarf stets besondrer neuer Begründung. Deshalb ist aber auch jener Ausspruch, sobald die Unmöglichkeit einer bessern Rechnungsstellung feststeht, ohne Wert.

Benutzen wir zur Klarstellung das obige Beispiel (S. 132). Gesetzt, ich hätte meinem Geschäftsführer gleich anfangs gesagt, daß ich zwei Schuldner gleichen Namens habe, und daß deshalb auch die Wohnorte der Zahlenden zu notieren seien: so würde er, wenn er dies dennoch unterlassen, mir gewiß dieserhalb verantwortlich sein. Was aber nützte es, wenn diese Verantwortlichkeit in Form einer Verurteilung zu „besserer Rechnungsstellung" ausgesprochen würde? Eine bessere Auskunft erhielte ich dadurch doch nicht. Vielmehr bliebe mir nichts übrig, als in sonstiger Weise womöglich zu ermitteln, wer gezahlt und wer nicht. Wenn ich nun hierbei fehl ginge und z. B. den Schuldner, der bereits gezahlt, nochmals gerichtlich belangte, aber auf Grund des Beweises der Zahlung zurückgewiesen und in die Kosten verurteilt würde, so hätte diese letztern ohne Zweifel mein Geschäftsführer wegen verschuldeter Unvollständigkeit seiner Rechnung mir zu ersetzen. Aber dieser Anspruch bedürfte doch immer wieder eines besondern Prozesses, in dem auch die Frage, ob den Verklagten ein Verschulden treffe, ihren Platz fände.

Die Art und Weise, wie der Geschäftsherr dem durch unvollständige Rechnungsstellung begangnen Verschulden seines Geschäftsführers gegenüber zu seinem Rechte gelangt, kann sich verschieden gestalten. Es ist möglich, daß das Verschulden von der Art ist, daß es den Geschäftsführer zum Würderungseide berechtigt (nach Analogie von l. 7 pr. D. de admin. tut. 26, 7). Es ist möglich, daß, wo solches nicht der Fall, der Geschäftsherr in andrer Weise den ihm zugefügten Schaden darzulegen vermag. Es ist auch möglich, daß er hierzu ganz außer stande ist; und dann wird er diesen Schaden als Folge davon zu tragen haben, daß er einem nicht sorgsamen Menschen Vertrauen geschenkt und seine Geschäfte übertragen habe. Immer aber ist gleich nutzlos, die Frage, ob der Rechnungssteller eine bessere Rechnung hätte stellen sollen, vorweg zu beurteilen. Sie hat keine selbständige Bedeutung.

Zieht man noch weiter in Betracht, daß in vielen

Verhältnissen [z. B. wenn ein Erbe auf Rechnungsstellung über eine von seinem Erblasser geführte Verwaltung belangt wird] die Auskunft, die der Rechnungssteller zu erteilen vermag, sich auf die geführten schriftlichen Aufzeichnungen beschränken und er aus dem Gedächtnis nichts oder nur weniges hinzuzuthun imstande sein wird, so gewinnt damit der Anspruch auf Rechnungsstellung gewissermaßen ein reales Objekt, wodurch er in die nächste Verwandtschaft mit dem Anspruch auf Exhibition und Edition tritt. Es wird ihm dadurch genügt, daß der Rechnungssteller seine Aufzeichnungen über den Gegenstand vollständig vorlegt.

In der Beschränkung des Anspruchs auf Rechnungsablage auf das, was der Rechnungssteller leisten kann, liegt dann auch die Rechtfertigung dafür, daß man es mit dem, was man dem Geschäftsherrn zu fragen gestattet, nicht allzu streng zu nehmen braucht. Kann der Rechnungssteller darauf antworten, warum soll er es nicht thun, da es ihm doch nicht schadet? Kann er es nicht, nun, so hört seine Verpflichtung von selbst auf.

Hier möge auch noch die Frage über die Belege zu den Einnahmeposten ihren Anschluß finden. Daß die verzeichneten Einnahmeposten, als Geständnisse des Rechnungsführers, an und für sich der Belege nicht bedürfen, ist klar. Die Bedeutung der Belege zu den Einnahmeposten könnte also nur die sein, daß sie zum Nachweis oder zur Bescheinigung dienen, daß der Rechnungsführer nicht ein Mehreres in Einnahme zu setzen gehabt habe. In diesem Sinne hat ohne Zweifel der Rechnungsherr ein Interesse und ein Recht, daß vorhandne Urkunden, die den Betrag der dem Rechnungsführer zugeflossenen Einnahmen in diesem Sinne ergeben, ihm vorgelegt werden. Unterläßt dies der Rechnungsführer, so wird der Rechnungsherr deren Vorlage, gerade so wie jede andre qualitative Vervollständigung der Rechnung, mittelst des Monitorverfahrens von ihm fordern können. Und wenn er sich dann weigerte, so würde auch hierüber nach den

nämlichen Grundsätzen zu entscheiden sein. Ein formelles Erfordernis, wegen dessen Mangel eine gestellte Rechnung zu verwerfen wäre, bilden aber die Belege auch bei den Einnahmeposten nicht.

§ 9

Wenn nun der Anspruch auf Rechnungsablage so eigentümlicher Natur ist, daß er in dem, was der Pflichtige zu leisten vermag, seine Grenze findet, wie soll denn nun festgestellt werden, was er zu leisten vermag? ob er die begehrte Auskunft arglistig hinterhält, oder ob er bona fide alles gegeben hat, was er geben kann?

Diese Frage ist keine, die den Zweifel über die qualitative Vollständigkeit der Rechnung allein beträfe, sondern sie berührt in noch weit höherm Maße die quantitative Vollständigkeit, also die Frage: wie ist es festzustellen, daß der Rechnungssteller alle Einnahmen nach bestem Wissen verzeichnet und nicht davon eine größere oder geringere Anzahl verschwiegen hat? An dieser Frage hängt, sozusagen, alles.

Wollte man, sobald nur rein äußerlich Rechnung gestellt ist, die Annahme eintreten lassen, daß die Rechnung auch eine vollständige sei, und den Rechnungsherrn auf den seinerseits zu erbringenden Beweis der etwa fehlenden Posten verweisen, so wäre damit, wie bereits oben bemerkt, die ganze Verpflichtung zur Rechnungsablage paralysiert. Sie wäre rein auf den guten Willen des Pflichtigen gestellt und hörte damit auf, eine Rechtspflicht zu sein. Wollte man umgekehrt von dem Rechnungssteller förmlichen Beweis begehren, daß seine Angaben vollständig seien, so wäre dies nicht minder verhängnisvoll, weil ein solcher auf lauter Negativen gerichteter Beweis gar nicht zu erbringen sein würde.

Es giebt nur ein Mittel, das in gleicher Weise den Interessen beider Beteiligten gerecht wird; nur ein Mittel, das geeignet ist, dem, von dem man Geständnisse verlangt,

den Mund aufzuschließen. Dieses Mittel besteht darin, daß der Rechnungspflichtige die Vollständigkeit seiner Angaben, insofern er sie nicht anderweit zu bescheinigen vermag, eidlich erhärten muß.

Unserm Rechte ist dieser Eid nicht fremd. Er ist ihm völlig geläufig bei einer bestimmten Art von Rechnungsstellung, nämlich bei der über eine besessene Erbschaft. Die Verurteilung bei der Erbschafts- oder Erbteilungsklage wird nach einer wohl durch ganz Deutschland verbreiteten Praxis dahin gefaßt: „die Erbschaft nach einem rechtsbeständigen Inventar oder nach einem vom Verklagten aufzustellenden und auf Erfordern des Klägers eidlich zu bestärkenden Verzeichnis herauszugeben (zu teilen)." Unter dem rechtsbeständigen Inventar versteht man ein zur Feststellung des Nachlasses unter obrigkeitlicher Mitwirkung aufgenommenes Nachlaßverzeichnis, bei dessen Anfertigung in der Regel schon von Amts wegen die Nächststehenden über die Vollständigkeit der Verzeichnung eidlich oder an Eidesstatt vernommen zu werden pflegen. Wo ein solches vorliegt, da wird angenommen, daß schon hierin eine genügende Bescheinigung der Vollständigkeit des verzeichneten Nachlasses enthalten sei. Wo aber ein solches fehlt, da hat der Belangte selbständig eine Verzeichnung des in seinen Händen befindlichen Vermögens vorzunehmen und auf Verlangen des andern Teiles deren Vollständigkeit eidlich zu erhärten. Dieser Eid, den man „Manifestationseid" nennt, wird aber der Gattung minder strenger Eide beigerechnet, durch die der Schwörende nicht die objektive Wahrheit des Beschworenen, sondern nur seinen guten Glauben eidlich versichert. Der Eid hat also die Natur des Calumnieneides.[11]) Dies hat die doppelte Folge, daß

11) Ältere Schriftsteller bezeichnen ihn vielfach als ein Purgatorium. Allerdings kann man ja sagen, daß durch ihn der Schwörende sich von einem gewissen Verdachte reinige. Aber ein „Reinigungseid" im technischen Sinne ist er darum doch nicht. Denn dieser dient dazu, einigen bereits vorliegenden Beweis zu entkräften, wovon beim

einerseits nicht jeder Beweis einer (objektiven) Unvollständigkeit des Verzeichnisses den Schwörenden als meineidig hinstellt; daß aber auch andrerseits noch nach Ausschwörung jenes Eides der Gegner berechtigt bleibt, Mängel des Verzeichnisses nicht bloß in der strengen Form des Meineidsbeweises, sondern mittelst einfachen prozessualischen Beweises darzuthun. Es ist dies das unter dem Namen des „Defektenbeweises" bekannte Verfahren, das eröffnet wird, nachdem der Pflichtige das Verzeichnis aufgestellt und als (seinem Glauben nach) vollständig beschworen hat.[12])

In seiner historischen Entstehung knüpft dieser Eid zunächst an zwei Stellen des römischen Rechtes an, l. 22 § 10 C. de jure delib. (6, 30) und c. 2 § 1 Nov. 1, wonach Erbschaftsgläubiger und Vermächtnisnehmer berechtigt sein sollen, von dem Erben, der unter der Rechtswohlthat des Inventars angetreten hat, zu verlangen, daß er die Vollständigkeit des von ihm aufgestellten Inventars eidlich erhärte. Ihre wesentliche Ausbildung hat aber diese Lehre von der jurata specificatio durch die Praxis, insbesondre der sächsischen Gerichte, erhalten. Gehen wir nun aber auf die ältern Praktiker zurück, so finden wir, daß diese die jurata specificatio nicht als ein den Erbschaftsklagen ausschließlich angehöriges Institut, sondern als eine allgemeine Pflicht jedes zur Rechnungsstellung verbundnen betrachten.

Manifestationseid nicht die Rede ist. — Andre bezeichnen den Eid als ein juramentum delatum. Auch dieser Name läßt sich insofern rechtfertigen, als der Kläger das Verlangen stellen muß, daß der Eid geschworen werde. Im technischen Sinne ist er aber kein „zugeschobner Eid," da er ja nicht über bestimmte vom Kläger aufgestellte Behauptungen gefordert wird. — Die richtige Ansicht vertritt bereits Schweppe, Röm. Privatrecht § 210: „Der Manifestationseid ist seiner geschichtlichen Entstehung nach weder als ein von der Partei zugeschobner Eid, noch als ein vom Richter auferlegter Reinigungseid, sondern als ein eigner, dem Eide von Gefährde am nächsten verwandter Eid anzusehen."

12) Post praestitum juramentum locus est defectuum allegationi et probationi. Mevius ad jus Lubec. P. II. T. 2. A. 27 ad nam 59.

Es ist hier vor allen Carpzov zu nennen, der in seiner Jurisprudentia forensis romano-saxonica (auch Definitiones forenses genannt) mehrfach hierüber handelt. Bereits P. II const. 42, def. 7, 8, wo er von der Pflicht der Witwe redet, über die in ihrem Nießbrauch verbleibenden Güter ein Inventar zu errichten, spricht er den allgemeinen Satz aus: Idque est, quod vulgo dicitur, unicuique ad rei alicujus restitutionem obligato conficiendi inventarii necessitatem incumbere. Diesen Satz aber ergänzt er später P. III c. 33, def. 6), wo er der gleichen Pflicht eines jeden Erben gedenkt, durch den weitern Satz: At inventarii defectus solo juramento suppletur. Dann fügt er noch ausdrücklich (def. 7) hinzu:

Non solum ab herede aut eo, qui se pro herede gessit, inventarium vel jurata specificatio exigi potest, sed ab omnibus iis, qui bonorum alienorum administrationi se immiscent, veluti a creditore pignus vendente, socio, tutore etc.

Das Nämliche lehrt Struk (de cautelis juramentorum P. III Seit. III c. 1). Gleich zu Eingang des über den Manifestationseid handelnden Kapitels bezeichnet er diesen als den Eid quod heredi vel occupatori hereditatis, non minus quoque tutoribus, curatoribus, aliisque, qui administrationem bonorum in se susceperunt, in defectu solennis inventarii, ipso jure civili ad petitionem partis adversae a judice imponitur, ut res hereditarias, vel etiam alias, occupatas, exhibita praevia accurata specificatione et descriptione, judici manifestent eamque mediante juramento corroberent atque confirment. Er legt dann die ganze Lehre unter vielen Belegen aus der Praxis ausführlich dar. Die editio inventarii vel jurata specificatio werden als fundamentum rationis redditionis bezeichnet (§ 67). Von mehreren Miterben oder Gesellschaftern, die nicht gemeinsam verwalten, wird gesagt: quilibet villicationis suae rationem reddere teneatur, quatenus quisque ad se recepit et administravit, utique et super acceptis in defectu inventarii solennis jurare

obligatus erit (§ 74). Am Schluſſe wird, unter Beſtätigung von Entſcheidungen, noch beſonders ausgeführt, daß die eidliche Erhärtung auch die im Laufe der Verwaltung eingetretenen Veränderungen des Vermögensbeſtandes zu umfaſſen habe.

Bei Mevius (Decis.) finden ſich folgende Ausſprüche: (P. 6 D. 150) Ubi constat bona apud aliquem exstitisse, qualia et quanta fuerint, si non apparet, qui habuit, juramento tenetur exprimere (Menoch. 6. Praes. 61. num 7).

(P. 6 D. 411) — qui aliena bona detinent et administrant, tenentur edere inventarium aut eo non confecto juratam designationem, et cum illud deest, per hanc debito defunguntur —

wozu in einer Anmerkung geſagt wird, daß ſo alltäglich in der Praxis erkannt werde.

Böhmer (consult. et decis. II 276. 418) trägt mehrere Fälle vor, in denen die gedachte Lehre praktiſch zur Anwendung gekommen.[13])

Die Reihe der Rechtslehrer, die jeden Vermögensverwalter zur eidlichen Beſtärkung der von ihm geſtellten Rechnung pflichtig erklären, ſetzt ſich dann fort in Eſtor, Anfangsgr. d. Reichsgr. § 590; Schmidt, Klagen u. ſ. w. § 1023; Hellfeld, jurispr. for. § 417; Hofacker, Princ. jur. III § 3035; Glück, Komm., Bd. 5 S. 374. Dem entſprechend lehrt auch Rödiger in ſeiner Monographie über den Manifeſtationseid (1831), daß heutigestags der Manifeſtationseid von jedem Verwalter fremder Güter verlangt werden könne. „Denn wo von Verwaltung fremder Güter

13) Zum Verſtändnis dieſer ältern Litteratur verdient noch Folgendes bemerkt zu werden. Die ſächſiſchen Juriſten wollten auch zur Erwirkung des beneficium inventarii die jurata specificatio als Surrogat eines feierlichen Inventars gelten laſſen. Hiergegen erklären ſich mit Entſchiedenheit andre Juriſten (Mev. Dec. 6, 411. Malblanc de jurej. § 48. Brunnemann ad l. 6 C. de jure delib.). Neuere aber haben dieſe Äußerungen dahin mißverſtanden, als ob dieſelben gegen die jurata specificatio überhaupt gerichtet wären.

die Rede ist, worüber Rechnung abzulegen und ein Inventarium zu fertigen ist, da wird auch der Gedanke der Veruntreuung entstehen, und folglich die Gestattung des Manifestationseides zur völligen Eruierung der Masse notwendig erscheinen. Darum muß der Gebrauch dieses Eides namentlich gegen den occupator hereditatis, den tutor, curator, negotiorum gestor, Nutznießer, socius, Mandatar, kurz gegen alle die, qui administrationem bonorum in se susceperunt, gestattet sein."

Aus neuester Zeit sind es namentlich Bayer, Vorträge (8. Aufl.) S. 923, und Wetzell, Ziv.-Proz. § 28, die jeden Vermögensverwalter zum Manifestationseide pflichtig erklären. Auch Siebenhaar, Lehrbuch des sächsischen Privatrechts § 427, bezeugt: „Die Vollständigkeit der abgelegten Rechnung in den Einnahmen hat der Rechnungsleger eidlich zu bestärken."

§ 10

Diese Anschauung von der notwendigen Ergänzung der Pflicht zur Rechnungsablage durch die Bescheinigung ihrer Vollständigkeit, insbesondre durch den eignen Eid des Rechnungsstellers, ist aber der Praxis der deutschen Gerichte vielfach abhanden gekommen. Während bei den Erbschaftsklagen die Pflicht zur specificatio jurata überall in Anwendung blieb, verurteilte man in andern Verhältnissen zur Rechnungsablage, ohne an etwas weiteres zu denken. Die Folge davon war, daß man, sobald eine solche Verurteilung vollzogen werden sollte, in die allergrößte Verlegenheit geriet. Unterließ der Verurteilte die Rechnungsstellung ganz, dann freilich konnte man dadurch helfen, daß man den Kläger zum Würderungseide zuließ. Stellte dagegen der Verurteilte eine Rechnung, die äußerlich formgerecht, innerlich aber vielleicht noch so unvollständig war, und verlangte hiergegen der Kläger Hilfe, dann war das Gericht mit seiner Weisheit zu Ende. Denn daß es dem Kläger nicht half, wenn man ihm

ſagte, er dürfe nun ſelber beſſere Rechnung ſtellen, liegt auf der Hand.

Aber auch da, wo die Notwendigkeit, die Lehre von der Rechnungsablage durch die Eidespflicht des Rechnungsſtellers zu ergänzen, nicht ganz verkannt wurde, hat ſich mitunter eine andre Beirrung eingeſchlichen auf Grund folgender Verhältniſſe. Unter dem Namen des „Manifeſtationseides" hat die Praxis noch andre Eide verwandter Art ausgebildet. So hat ſie namentlich, anknüpfend an eine andre römiſche Stelle, l. 6 § 4 C. de his, qui ad eccl. conf. (1, 22), dem Gläubiger das Recht verliehen, von dem Schuldner, der bei der verſuchten Exekution ſich als unpfandbar erwieſen, eine eidliche Verſicherung zu verlangen, daß er nicht Vermögensſtücke hinterhalte oder abhanden gebracht habe. Auch dieſen Eid hat man „Manifeſtationseid" genannt, hat ihn aber öfters in der Praxis an die Bedingung geknüpft, daß der Schuldner zuvor einer Verheimlichung von Vermögen einigermaßen *verdächtigt* werde. Es findet dieſe Annahme einen gewiſſen Halt in den Worten der l. 6 § 4 cit. (ut si sola suspicione apud aliquem adserantur absconditae). Sie läßt ſich auch innerlich wohl rechtfertigen, weil die künſtliche Entäußerung des Vermögens als ein poſitives betrügliches Handeln immerhin eine gewiſſe Vermutung gegen ſich hat. Wenn man aber daraus den Schluß gezogen, daß auch *der* „Manifeſtationseid," den der Vermögensverwalter über die Vollſtändigkeit ſeiner Rechnungsſtellung zu leiſten habe, nur unter der Bedingung einer beſondern Verdächtigung gefordert werden könne,[14]) ſo vermag

14) Zu dieſem Reſultat gelangt *Strippelmann*, Gerichtseid S. 381 auf Grund einer Entſcheidung des O.-A.-G. zu Kaſſel von 1857, wobei er ſelbſt freilich andeutet, daß damit die Lehre nicht für abgeſchloſſen zu halten ſei. Mit Unrecht wird aber für dieſe Anſicht auch *Wetzell* (Ziv.-Prozeß § 28) zitiert, da dieſer die Beſcheinigung eines *Verdachtes* nur fordern will, ſofern dieſer Verdacht „durch die ſonſtigen Vorausſetzungen des Manifeſtationseides, wie namentlich dem Erben und Vermögensverwalter gegenüber durch die nahe Beziehung zu der Vermögensmaſſe,

ich das nur für verfehlt zu erachten. Die Worte der l. 22 § 10 C. de jure delib. geben dafür keinen Anhalt, sagen vielmehr, daß der Berechtigte lediglich nach seiner Überzeugung (si majorem putaverint esse substantiam a defuncto derelictam) den Eid fordern könne. Und dies liegt auch in der Natur der Sache. Der Eid, um den es sich hier handelt, ist ja nicht ein exceptionelles Hilfsmittel. Die Pflicht zur Rechnungsstellung überhaupt ist etwas Exceptionelles, das ist richtig; in diese Lehre aber reiht sich jener Eid organisch ein. Der Verdacht, gegen den er gerichtet ist, liegt in der Natur des Verhältnisses. Es ist nicht ein kriminalistischer, sondern ein zivilistischer Verdacht.[15]) Bei den Erbschaftsklagen hat man denn auch bis auf die neueste Zeit niemals daran gedacht, die Pflicht zur specificatio jurata von einer besondern Verdächtigung abhängig zu machen. Genau ebenso verhält es sich aber bei der Rechnungsstellung überhaupt. Jene Ver-

dem Cridar gegenüber durch die Eröffnung des Konkurses, nicht ohnehin schon genügend gerechtfertigt erscheint." In Wahrheit will also Wetzell die Verdächtigung nur für den Eid des unpfandbaren Schuldners. Böhmer in dem oben zitierten Rechtsfalle II N. 276 redet ebenfalls davon, daß, um den Manifestationseid zu fordern, einiger Verdacht vorliegen müsse. Er macht aber davon nur die Anwendung, daß er den Eid ausschließen will, „weil der Beklagte schon in Eid und Pflichten gestanden und vermöge solcher Pflicht Rechnung abgelegt habe, was billig anstatt einer eidlichen Spezifikation zu halten."

15) Bereits Mevius (ad jus Lubecense, L. II S. 2 Art. 27 ad N. 59) spricht dies energisch aus. Nachdem er gelehrt, daß die Richtigkeit eines ordnungsmäßigen Inventars nicht beschworen zu werden brauche, wenn nicht Mängel wahrscheinlich gemacht seien, fährt er fort: At pro specificatione non est ea praesumtio, sed facit potius praesumi fraudem aliquam, a qua purgatio per juramentum fieri debet, ideo cum nuda plenam fidem non habeat, supplenda est juramento, indistincte sive defectus allegati sint, nec ne. (Rauchbar. d. q. 29 n. 14. Moller Sem. 14 n. 5.) Quemadmodum itaque judex peccat, juramentum imponendo cum adest sollenne inventarium, si nulla fraus, nullus defectus allegetur, ita similiter errat, si nolit imponere juramentum, cum qui inventarium non confecit, nudam designationem exhibet, nisi similiter defraudationis argumenta adsint.

dächtigungstheorie ist die falsche Schlußfolgerung aus einem willkürlich gewählten Namen. Sie verkennt die wahre Natur des fraglichen Eides und giebt die Lehre von neuem dem Zufalle preis. [Bekanntlich hat die D. Z.-P.-O. (§ 711) auch für den in der Vollziehungsinstanz zu leistenden Offenbarungseid eine Verdächtigung nicht gefordert.]

Nur dann wird eine eidliche Bestärkung der gestellten Rechnung nicht ohne weiteres gefordert werden können, wenn eine Bescheinigung ihrer Vollständigkeit bereits in andrer Weise vorliegt. Bei den Erbschaftsklagen wird die specificatio jurata als erübrigt angenommen durch das Vorhandensein eines ordnungsmäßigen Inventars. Nicht minder wird man annehmen dürfen, daß der Kaufmann, der Rechnung ablegt, deren Vollständigkeit durch seine ordnungsmäßig geführten Handelsbücher genügend bescheinigt; daß auch der, der bereits in Eidespflichten steht und kraft solcher Rechnung ablegt, von jener Eidespflicht nicht betroffen wird. Wollte gleichwohl in Verhältnissen dieser Art der Rechnungsherr noch eine eidliche Bestärkung der Rechnung beanspruchen, dann würde es allerdings gerechtfertigt sein, einen besonders zu begründenden und zu bescheinigenden Verdacht zu fordern.[16])

Gegenstand des vom Rechnungssteller zu leistenden Eides wird die Vollständigkeit der abgelegten Rechnung, d. h. der Einnahmeposten, in quanto et quali sein. Er wird also zu beschwören haben, daß er die Einnahmen nach bestem Wissen vollständig verzeichnet habe, und daß er — insofern weitere Auskunft begehrt ist — weiter als geschehen Auskunft zu erteilen außer stande sei. Auch versteht es sich von selbst, daß diesem Eide nicht notwendig erst ein Prozeß vorausgehen muß. Einigen sich die Parteien in Güte dahin, daß der Rechnungssteller diesen Eid leiste, so wird der Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit denselben abzunehmen haben.

---

16) So wenigstens lehren die ältern Praktiker; vergl. Carpzov. Def. III cst. 33 def. 11. Mev. Decis. 4, 92.

Erst wenn die Praxis sich entschließt, diesen Eid, den sie bei den Erbschaftsklagen stets aufrecht erhalten hat, auf die Pflicht zur Rechnungsstellung überhaupt auszudehnen, gelangt diese ganze Lehre zum Abschluß. Ohne denselben bleibt sie ein leerer Schall, ein Gewölbe ohne Schlußstein.

Freilich werden manche diesem Versuch, die Anschauung einer ältern praktischen Schule zur Geltung zu bringen, mit dem Grunde begegnen, daß diese Ansicht doch in unsern Rechtsquellen keine genügende Begründung finde. Das haben ohne Zweifel jene ältern Praktiker auch gewußt. Wenn sie trotzdem diese Lehre aufstellten und ausbildeten, so geschah es im Gefühl der innern Notwendigkeit. Sie gingen davon aus, daß der Gesetzgeber, der die Pflicht zur Rechnungsstellung als Rechtsinstitut anerkenne, doch auch wollen müsse, daß dabei etwas Praktisches herauskomme. Und dies gab ihnen den Mut, die erkannte Lücke selbstschöpferisch auszufüllen, wobei ihnen die Rechtsquellen freilich nur zum schwachen Anhaltspunkt dienten.[17] Leider ist der Sinn für dergleichen in der heutigen Praxis weit minder lebendig. Während unsre Theoretiker in wachsender Zahl bestrebt sind, ein Recht schaffen zu helfen, das den Anforderungen des Lebens entspricht, geht durch die Praxis, die doch darin der Theorie vorangehen sollte, vielfach ein theoretisierender Zug, kraft dessen man sich weise dünkt, wenn man über die Schöpfungen der ältern Praktiker (die man freilich oft nicht genügend versteht) achselzuckend hinweggeht. Diese Richtung ist es vor allem, die es schwer macht, die Überzeugung von dem Wert unsrer Wissenschaft in der öffentlichen Meinung überall aufrecht zu erhalten.

§ 11

Hat der Geschäftsführer Rechnung gestellt, hat er auf Verlangen des Geschäftsherrn zu den einzelnen Posten die

17) Es trifft hier vollkommen zu, was Jhering, Geist d. r. R. Teil 2 Note 635 sagt.

nötigen Vervollständigungen und Erläuterungen gegeben (Moniturverfahren), und hat er weiter auf Verlangen die Vollständigkeit seiner Angaben (dem guten Glauben nach) beschworen[18]): dann ist damit die Pflicht zur Rechnungsstellung zu Ende. Aber keineswegs ist damit die Sache zu Ende. Denn nun gilt es, das eigentliche Ziel der Rechnungsstellung, das reliquum dare, zu realisieren. Die Ansicht, daß hierzu erst wieder ein neuer Prozeß eröffnet werden müßte, beruht ebensosehr auf einer Verkennung des Wesens der Rechnungsablage, als sie dem praktischen Bedürfnis ins Gesicht schlägt.

Eignet sich der Geschäftsherr das Resultat der Rechnungsstellung an, will er keine weitern Einnahmen behaupten, die verzeichneten Ausgaben aber zugestehen, dann ist die Sache einfach. Der Geschäftsherr kann Verurteilung des Rechnungsstellers zur Herauszahlung dessen begehren, was derselbe nach der von ihm selbst gestellten Rechnung schuldig bleibt. Andrerseits darf aber auch der Geschäftsführer bei Stellung der Rechnung, wenn diese eine Überzahlung ergiebt, widerklagend entsprechende Verurteilung des Geschäftsherrn beantragen.

Der Geschäftsherr kann aber auch die gestellte Rechnung zunächst noch einem weitern, auf deren Berichtigung abzielenden Verfahren unterwerfen, entsprechend dem gleichmäßigen Verfahren in Erbschaftssachen (Defekturverfahren). Er kann weitere Einnahmen behaupten und kann berechnete Ausgaben bestreiten. Daraus entwickelt sich der sogenannte Rechnungsprozeß. Es richtet sich dabei alles nach allgemeinen prozessualischen Grundsätzen. Behauptet der Geschäftsherr weitere Einnahmen, so muß er sie speziell begründen und beweisen. Andrerseits muß auch der Rechnungssteller die Ausgaben, die ihm bestritten werden, nun noch vollkommen prozessualisch begründen und beweisen. Beide Arten von Posten verhalten

18) Selbstverständlich kann der Rechnungsherr auch ohne diesen Eid die Rechnungsablage als vollständig annehmen.

sich ganz wie Klag- und Widerklagposten. Auf Grund dieses Verfahrens wird dann nach Befinden ein neuer Rechnungsabschluß gebildet, und darnach auf die entsprechende Herauszahlung erkannt. Damit hat das gesamte Verfahren sein Ziel erreicht.

Die Resultate meiner Ausführung fasse ich in folgenden Sätzen zusammen.

1. Die Pflicht zur Rechnungsablage ist eine Pflicht prozessualischer Natur, dahin gehend, daß der Pflichtige die Thatsachen darlege, nach denen seine eigne Verpflichtung bemessen werden kann. Die Klage auf Rechnungsablage trägt stets den Anspruch auf Herausgabe des Rechnungsergebnisses in sich.

2. Bei gemachten Einnahmen und Ausgaben bildet das eigentliche Ziel des Anspruchs auf Rechnungsablage die Verzeichnung der Einnahmen. Die Verzeichnung der Ausgaben ist zunächst ein Recht des Rechnungsstellers, und nur insofern zugleich dessen Pflicht, als es Pflicht jedes Gläubigers ist, vor dem Prozeß seinen Schuldner zu mahnen.

3. Der Rechnungssteller ist verpflichtet, die Einnahmeposten in quanto und quali vollständig zu verzeichnen. Einen Maßstab, nach dem die Vollständigkeit einer Rechnung formell zu bemessen wäre, giebt es nicht.

4. Qualitative Unvollständigkeiten begründen einen Anspruch auf Vervollständigung der erteilten Auskunft (Monitorverfahren), nicht aber eine Klage auf „bessere Rechnungsstellung“ im allgemeinen.

5. Der Rechnungsherr kann jede Auskunft begehren, bei deren Erteilung er ein Interesse hat.

6. Der Rechnungssteller genügt seiner Pflicht zur Rechnungsstellung, wenn er jede Auskunft giebt, die er zu geben vermag; unbeschadet seiner Entschädigungspflicht, wenn er sich schuldvoll in die Lage gebracht, keine genügende Auskunft geben zu können.

7. Auf Verlangen des Rechnungsherrn hat der Rechnungssteller zu den Einnahmeposten die Vollständigkeit seiner Angaben, insofern sie nicht anderweit genügend bescheinigt ist, resp. sein Unvermögen, weitere Auskunft erteilen zu können, eidlich zu erhärten.

8. Der abgelegten und als vollständig bescheinigten Rechnung gegenüber hat der Rechnungsherr, wenn er weitere Verpflichtungen des Rechnungsstellers in Anspruch nimmt, insbesondre weitere Einnahmen behaupten will, diese speziell darzulegen und zu beweisen. Das Verfahren hierüber (Defekturverfahren), sowie über die vom Rechnungsherrn geleugneten, vom Rechnungssteller zu beweisenden Ausgabeposten richtet sich nach allgemeinen Grundsätzen.

9. Nach Schluß des Verfahrens wird das Ergebnis der festgestellten Rechnung dem Kläger oder Widerkläger zuerkannt.

§ 12

Gleichsam in Parenthese möge hier noch folgende Bemerkung Platz finden. Auch noch andre Erscheinungen im Recht, als die gewöhnlich in diesem Zusammenhang besprochenen, lassen sich auf den Gedanken der Verpflichtung zur Rechnungsablage zurückführen. Wenn der, der kraft eines Obligationsverhältnisses eine fremde Sache unter Händen hatte, um sich von der Haftbarkeit für einen daran entstandnen Schaden zu befreien, darlegen muß, welchergestalt dieser Schaden ohne sein Verschulden entstanden sei, so beruht auch diese prozessualische Verpflichtung darauf, daß zunächst nur er in der Lage ist, über die Entstehung des Schadens Auskunft zu geben, während der andre der Natur der Sache nach darüber nichts wissen kann. Jene Darlegungspflicht ist nichts andres als eine Verpflichtung zur Rechenschaftsablage; und auch hier würden die entwickelten Sätze sich fruchtbar erweisen können. Denken wir uns also z. B., es habe jemand ein Pferd zu einer Reise gemietet. Er bringt es zurück mit einer Lähmung, die

ihrer Natur nach sowohl mit als ohne sein Verschulden entstanden sein kann. Der Vermieter begehrt Entschädigung. Wer hat nun zu beweisen? Wollte man dem Vermieter den Beweis des Verschuldens des Mieters aufbürden, so würde man in der Regel etwas Unmögliches von ihm fordern, da er ja nicht wissen kann, wie der Mieter mit dem Pferde umgegangen, bei welcher Veranlassung zuerst der Schaden sich gezeigt hat u. s. w. Man lehrt daher, gestützt auf l. 9 § 4 D. locati (19, 2) und l. 5 C. de pign. act. (4, 24), daß in einem solchen Falle der Mieter seine Schuldlosigkeit zu beweisen habe. Nimmt man aber dieses „Beweisen" im strengen Sinne des Wortes, so wird man dadurch nicht minder ungerecht gegen den Mieter. Denn dieser müßte, wenn er nicht gerade zufällig positiv beweisen könnte, wie der Schaden entstanden ist, streng genommen das Nichtvorhandensein aller Thatsachen beweisen, die möglicherweise sein Verschulden begründen könnten; eine Negative, die in ihrer Allgemeinheit nicht minder schwer zu beweisen ist. Verstände man dagegen jenes „Beweisen" im Sinne einer Verpflichtung zur Rechenschaftsablage; sagte man: der Mieter genügt seiner prozessualischen Pflicht, wenn er über alle Umstände, die zu der Entstehung des Schadens in Beziehung stehen, genaue Auskunft giebt und auf Erfordern die Vollständigkeit seiner Angaben eidlich erhärtet; dem gegenüber aber hat der Vermieter, sei es aus den vom Mieter selbst angegebnen Thatsachen, sei es mittelst besondrer, diese Angaben ergänzender Thatsachen, das Verschulden des Mieters darzulegen: so würde damit, wie ich glaube, das Verhältnis die relativ gerechteste Lösung finden.

§ 13

Zum Schluß möge hier eine Anzahl Entscheidungen höchster deutscher Gerichtshöfe vorgeführt werden. Aus ihnen wird sich am besten ergeben, gegen welche Anschauungen in der Praxis dieser Aufsatz gerichtet ist.

Zuerst ein Urteil des Obertribunals zu Stuttgart, das sich bei Schletter (Jahrbücher Bd. 7 S. 326) mitgeteilt findet. Darin wird gesagt:

Der zur Rechnungsstellung Verpflichtete hat seine Verbindlichkeit nicht schon durch die Übergabe irgend eines Rechnungswerks, sondern nur dann erfüllt, wenn die von ihm abgeführte Rechnung an keinen formellen Mängeln leidet und sich äußerlich als eine vollständige darstellt. Denn da der Zweck der abzulegenden Rechnung ist, vollständige Rechenschaft über die Art und Weise der Verwaltung zu gewähren, so hat die Rechnung eine genaue, fortlaufende, geordnet mit Angabe der Zeit versehene Aufzählung sämtlicher Einnahmen und Ausgaben während der ganzen Rechnungsperiode unter spezieller Angabe der einzelnen Posten und unter Anschluß der erforderlichen Beweise und Belege zu enthalten. Entspricht die übergebne Rechnung diesen Erfordernissen nicht, so ist damit der Verbindlichkeit zur Rechnungsstellung nicht genügt, und es kann auf Stellung einer andern Rechnung geklagt werden. Ist jedoch die abgelegte Rechnung in formeller Beziehung nicht zu beanstanden, ist sie geordnet, mit Belegen versehen und ihrer äußern Erscheinung nach vollständig, so kann die Stellung einer andern Rechnung aus dem Grunde der materiellen Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit der einzelnen Rechnungssätze, weil insbesondre der Rechnungspflichtige im einzelnen mehr eingenommen habe oder einzunehmen gehabt hätte, als in die Rechnung aufgenommen worden, nicht verlangt werden. Denn die materielle Seite der Rechnung ist kein Gegenstand des lediglich die Stellung einer formgerechten, formell vollständigen Rechnung bezweckenden Präjudizialverfahrens, sondern setzt die Anstellung einer neuen Klage auf Berichtigung des angeblichen Guthabens des Klägers voraus, worin es diesem freisteht, die einzelnen Positionen der gestellten Rechnung als unrichtig anzufechten und seine Behauptung, daß der Beklagte weitere Einnahmen gehabt, näher darzulegen und zu erweisen.

Eine ähnliche Entscheidung des nämlichen Gerichtshofes von 1855 findet sich bei Seuffert, Arch. X. 63. Dagegen lautet ein Erkenntnis des O.-A.-G. zu Wiesbaden von 1837 (Seuffert, Arch. I. 274) folgendermaßen[19]):

19) Dieses, sowie die weiter mitgeteilten Urteile sind zum Teil in der Fassung etwas abgekürzt.

Eine Rechnung über eine geführte Verwaltung ist die Erklärung des Rechnungspflichtigen über die Art der Erfüllung der übernommenen Verbindlichkeit. Nur die Abgabe dieser Erklärung ist der Gegenstand einer auf Rechnungsstellung gerichteten Klage. Daraus folgt, daß in dem darüber einzuleitenden Verfahren keineswegs zu verhandeln und zu erkennen ist, wie die noch zu stellende Rechnung beschaffen sein soll, oder ob die schon gestellte und im Laufe der Verhandlungen übergebne Rechnung in Bezug auf Inhalt und Belege genügend erscheint. Alle Verhandlungen über das Materielle der Rechnung gehören einem neuen Verfahren an, worin es dem Rechnungsherrn freisteht, Edition bestimmt zu bezeichnender Urkunden zu fordern und zu behaupten und erforderlichenfalls zu beweisen, daß der Rechnungspflichtige Einnahmen gehabt oder Ansprüche und Sachen erworben habe, die er noch in Rechnung bringen müsse, oder aber die Richtigkeit nicht gehörig gerechtfertigter oder belegter Ausgaben zu bestreiten, deren Beweis dann dem Rechnungssteller obliegt. — Da nun der Beklagte dem Kläger eine Rechnung übergeben hat, so war der Zweck dieses Prozesses erreicht; von der Verurteilung desselben zur nochmaligen Stellung einer Rechnung konnte daher nicht die Rede sein.

Eine Entscheidung des O.-A.-G. zu Dresden von 1847 (Seuffert V. 83) lautet so:

Der Zweck des Antrags auf Rechnungslegung ist zunächst nur, daß von dem, der für Rechnung eines andern eine Verwaltung geführt hat, eine Rechnung gefertigt und vorgelegt werde. Die Frage, wie dieselbe beschaffen sei, gehört in das Defekturverfahren. Völlige Zurückweisung derselben mit der Auflage, eine ganz andre Rechnung zu fertigen, kann nur ausnahmsweise stattfinden, wenn die Rechnung so verkehrt angelegt oder in ihrer Form verworren ist, daß man in einer genügenden Ordnung Erinnerungen dagegen zu ziehen nicht imstande ist. Andre Mängel einer an sich brauchbaren Rechnung aber sind auf dem ordentlichen Wege des Defekturverfahrens zur Erledigung zu bringen. So können Lücken in der Einnahme durch Nachträge ergänzt, Dunkelheiten in einzelnen Punkten durch Erläuterungen aufgehellt, zu allgemeine Sätze durch nähere Angaben spezialisiert und Posten über fremdartige Gegenstände ausgeschieden werden.

Man sieht, welches verschiedne Maß von Ansprüchen die verschiednen Gerichte an eine gestellte Rechnung machen.

Während das Gericht zu Stuttgart nur ein wahres Kunstopus als annehmbare Rechnung gelten lassen will, soll nach der Ansicht des Gerichts zu Wiesbaden in dem ersten Verfahren nach der Beschaffenheit einer gestellten Rechnung und ob dieselbe in Beziehung auf Inhalt und Belege genügend erscheine, gar nicht gefragt werden. Und das Gericht zu Dresden fügt ausdrücklich hinzu, daß eine völlige Zurückweisung der Rechnung, mit der Auflage, eine andre zu fertigen, nur etwa stattfinden könne, wenn die Rechnung ganz unverständlich sei. Darin aber stehen alle drei Urteile sich gleich, daß sie gegen die Unvollständigkeit der Rechnungsablage kein Mittel wissen. Während das Stuttgarter Erkenntnis alles Gewicht auf eine rein äußerliche Vollständigkeit der Rechnung legt, obwohl diese doch für die innere (quantitative) Vollständigkeit nicht die geringste Garantie bietet, sind die andern Gerichte so weise gewesen, auf diese äußerliche Vollständigkeit zu verzichten, wollen dann aber alles dem Rechnungsherrn überlassen, der nach der Entscheidung von Wiesbaden in einem neuen Prozeß, nach der Entscheidung von Dresden in einem Defekturverfahren (unter welchem Namen die beiden oben von mir als Monitur- und Defekturverfahren bezeichneten Prozeßabschnitte zusammengeworfen werden) für die Vervollständigung der Rechnung sorgen soll.

Es ist ferner hier einer Entscheidung des O.-A.-G. zu Celle von 1860 (Seuffert XV. 123) zu gedenken.

Kläger hatte den Verklagten beauftragt, gewisse Einnahmen, etwa 200 Posten im Gesamtbetrage von 1900 Thlr., für ihn zu erheben. Verklagter hatte dem Kläger eine Schrift zugestellt, worin er 65 Schuldposten im Betrage von 1159 Thlr. als von ihm erhoben verzeichnet hatte, mit dem Bemerken, daß diese Rechnung alle von ihm erhobnen Gelder enthalte; hatte auch die berechneten 1159 Thlr. an den Kläger abgeliefert. Gleichwohl klagte dieser auf „Rechnungsablage." Verklagter behauptete, „Rechnung gestellt zu haben" mittelst jener Schrift, die er auch dem Gericht vorlegte. Das Gericht stellte nun zu Beweis, „daß Beklagter rücksichtlich des ihm erteilten Auftrags vollständig Rechnung abgelegt habe." Der Verklagte berief sich wiederholt

auf die von ihm bereits abgelegte Rechnung, mit dem Hinzufügen, daß von einzelnen Debenten Gegenforderungen geltend gemacht seien, daß andre direkt an den Kläger bezahlt haben oder von diesem befristet seien. Das Gericht erster Instanz erachtete hierdurch „den Beweis rücksichtlich des die Summe von 1159 überschießenden Mehrbetrags für verfehlt“ und erkannte auf den eventuell zugeschobnen Eid (also wohl darüber, „daß Beklagter Rechnung abgelegt habe“!). Das O.-A.-G. bestätigte diesen Bescheid. „Unter rationes reddere ist nach richtiger Auslegung der Gesetze (es werden eine Anzahl römischer Stellen zitiert) nicht bloß die Lieferung einer vollständigen, soweit nötig mit Belegen zu versehenden Zusammenstellung der in dem Geschäftskreise des Mandatars vorgekommenen Einnahmen und Ausgaben an Geld nnd Geldeswert zu verstehen, vielmehr liegt dem Beklagten daneben ob, über alles Wesentliche, was von ihm behufs Abwicklung der unerledigt gebliebnen Geschäfte bis zur Kündigung des Mandats geschehen ist, seinem Auftraggeber getreulich Auskunft zu erteilen. Dieser Verbindlichkeit ist aber durch die generellen Auslassungen des Beklagten offenbar nicht genügt, folgeweise der nachgelassene Beweis mit Recht für verfehlt erkannt.“

Hätte in diesem Falle der Kläger speziell verlangt, daß etwa Verklagter noch angebe, welche der Debenten bei der versuchten Einziehung der Schuld Gegenforderungen erhoben, und welche andre sich auf Zahlung oder Befristung durch den Kläger berufen haben, so würde ja sich davon haben reden lassen, ob nicht Verklagter hierüber weitere Auskunft zu geben habe. Davon scheint aber in dem ganzen Rechtsstreit nicht die Rede gewesen zu sein. So wie die Entscheidung vorliegt, gewährt sie das wenig erfreuliche Bild einer ihrer praktischen Ziele völlig unbewußt gewordnen Rechtsprechung. Nicht zu gedenken, daß die Behauptung des Verklagten, mittelst der vorgelegten Schrift Rechnung gelegt zu haben, doch wohl nicht zu einer Beweis- und Eidesauflage, sondern zu einer sofortigen richterlichen Beurteilung der Frage, ob jene Schrift eine genügende Rechnungsablage enthalte, hätte führen sollen.

Noch besonders über das Erfordernis der Rechnungsbelege sprechen sich folgende Urteile aus:

1. eine Entscheidung des O.-A.-G. zu Wolfenbüttel von 1859 (Seuffert, Bd. 22, Nr. 135):

Eine abzulegende Rechnung besteht lediglich in einem Verzeichnisse von Einnahmen und Ausgaben (l. 2 § 2 de admin. rer. 50, 8). Technische Eigenschaften können, wo nicht der Gegenstand oder spezielle Vorschriften solche fordern, nicht verlangt, auch muß es dem Rechnungspflichtigen überlassen werden, ob und wie er die Ausgaben begründen und beweisen will.

2. eine Entscheidung des Obertribunals zu Berlin von 1867 (Seuffert, Bd. 22, Note 136):

Nach der Natur der Sache und den Gesetzen ist es Zweck der ratio, daß nicht bloß ersichtlich werde, ob der Geschäftsführer Einnahmen und Ausgaben gehabt, sondern ob dieselbeu auch mit der erforderlichen Sorgfalt von ihm gemacht worden und dies durch Belege beglaubigt sei (arg. l. 82 de cond. et dem. 35, 1. § 1 I. de obl. qu. ex contr. 3, 28). Nicht jedes chronologische Verzeichnis von Einnahmen und Ausgaben ist eine Rechnung im gesetzlichen Sinne, vielmehr kann der Geschäftsherr einem solchen Produkte das sogenannte monitum generale, daß dasselbe keine abnehmefähige Rechnung sei, entgegenstellen.

3. eine Entscheidung des O.-A.-G. zu Darmstadt von 1868 (Seuffert, Bd. 22, Nr. 137):

Die Ansicht, daß Belege zu jeder Rechnung als Hauptsache gehören, ist nicht zu teilen. Die römischen Gesetzesstellen enthalten davon nichts. Der Verbindlichkeit zur Rechnungsstellung an sich wird auch durch eine Rechnung ohne Belege genügt. Die Beanstandung der Richtigkeit der einzelnen Posten bleibt für den Rechnungsprozeß vorbehalten. In diesem ist der Rechnungssteller verbindlich, die ihm bestritten werdenden Posten richtig zu stellen, zu belegen, resp. zu beweisen, und kann es dabei auch infolge von Editionsgesuchen zur Vorlage von Urkunden, Belegen der Rechnung kommen.

4. eine Entscheidung des O.-A.-G. zu Jena (Seuffert, Bd. 26, Nr. 214 I):

Zum Begriffe einer Rechnung sind Belege nicht erforderlich, indem die Rechnung nur in einer Spezifikation der Einnahmen und Ausgaben besteht. Damit ist nicht ausgesprochen, daß Be-

klagter nicht schuldig sei, die Rechnungsbelege, soweit sie überhaupt erforderlich sind, noch beizubringen. Wie er aber hierzu anzuhalten, ist nicht Gegenstand der jetzigen Entscheidung über die Klage auf Rechnungsstellung.

5. eine Entscheidung des H.-A.-G. zu Nürnberg (Seuffert, Bd. 26, Nr. 214 II):

Die Rechnungslegung soll den andern Beteiligten die Möglichkeit verschaffen, sich von der Richtigkeit der Rechnung zu überzeugen, und damit das weitere Verfahren abschneiden oder doch vereinfachen; sie muß daher auf alle zu diesem Zweck erforderlichen Papiere sich erstrecken, weshalb auch sämtliche zur Belegung der Rechnung notwendigen Papiere schon jetzt beizubringen sind.

6. eine Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts von 1872 (Sammlung d. Entsch. d. R.-O.-H.-G. Bd. 6, S. 92):

Belege sind kein absolutes Erfordernis jeder Rechnung. Eine Rechnung ohne Belege ist nicht absolut abnahmeunfähig. Der Verwalter ist nur schuldig, vollständige Rechenschaft, Auskunft zu geben, sodaß der Geschäftsherr vollständig übersehen kann, was, wofür, wann, von wem resp. an wen u. s. w. u. s. w. der Verwalter eingenommen und resp. ausgegeben hat. Die Belege sind nur insoweit absolut wesentlich, als davon die Verständlichkeit der Rechnung abhängt. Im übrigen folgt aus der Nichtbeifügung von Belegen nur, daß die betreffenden Ausgaben dem Verwalter so lange nicht passieren, als er keinen Beweis dafür erbringt. Das ist auch der Sinn der §§ 136, 137 T. 1, 14 Tl. I des Pr. Allg. Landrechts.

Wenn diese Entscheidungen fast diametral auseinanderzugehen scheinen, so sind doch, genau betrachtet, die Widersprüche nicht so groß. Ja ich möchte behaupten: jede derselben enthält etwas Richtiges; aber freilich tritt es nicht klar hervor und ist meistens mit Unrichtigem gemischt. Worin ich dieses Unrichtige erblicke, wird nach meinen obigen Ausführungen keiner weitern Darlegung bedürfen. Der Grund des Unrichtigen liegt aber in der mangelnden Unterscheidung zwischen Einnahme- und Ausgabeposten, in dem Nichtauseinanderhalten von Monitur- und Defekturverfahren, vor allem in dem willkürlich geschaffnen Truggebilde einer „abnahmefähigen Rechnung."

Es sei ferner hier zweier Entscheidungen erwähnt von München und von Kassel (Seuffert, Bd. 25, Nr. 211, Bd. 21, Nr. 234), die den richtigen Gedanken vertreten, daß ein Anspruch auf Rechnungsstellung nicht verfolgt werden könne, wo thatsächlich der Rechnungspflichtige zu einer solchen nicht weiter imstande ist. In dem letzten Falle wurde eine Stadt als eingesetzte Erbin eines Rechnungspflichtigen auf Rechnungsstellung belangt. Die Stadtbehörde hatte bereits dem Kläger ein über den Stand der Angelegenheit angefertigtes Promemoria, sowie alle auf die betreffende Verwaltung bezüglichen Litteralien ihres Erblassers ausgehändigt. Weil aber Kläger hierin keine „ordnungsmäßige Rechnungsstellung" fand, glaubte er auf solche klagen zu müssen, obwohl er zugab, daß die Stadt weitere Materialien als die von ihr mitgeteilten nicht besitze. Die Klage wurde in höchster Instanz abgewiesen; dabei aber als selbstverständlich der Entschädigungsanspruch, weil sich der Erblasser schuldvoll zur Rechnungsstellung außer stande gesetzt, vorbehalten.

Was endlich den Manifestationseid als Mittel zur Ernötigung der Vollständigkeit der Rechnungsablage betrifft, so sind auf diesem Gebiet, von den Erbschaftsklagen abgesehen,[20]) die Äußerungen der Praxis sehr sparsam. Während Entscheidungen von Jena (Seuffert, V 81, 82) und von Celle (das. XXVIII 82) den Eid als Hilfsmittel versagen,[21]) finden sich Aussprüche im entgegengesetzten Sinne von Lübeck (das. XIV 82, Note 1) und von Kassel (XX 225). Die letztere

---

20) Vgl. Seuffert, Arch. XII 212, 346; XIII 105; XV 261; XVI 126, 265, 264; XX 148; XXIV 290; XXVII 72.

21) In der letztern Entscheidung ist die Äußerung charakteristisch: „Auch wird man durch die Erwägung allein, daß in Fällen derartiger Ansprüche nicht dem Kläger, wohl dagegen dem Beklagten eine vollständige Spezialisierung der einzelnen Forderungsobjekte möglich sei, sollte auch eine gewisse Billigkeit darauf hinweisen, doch de lege condita nicht berechtigt, eine an sich anomale Bestimmung über den wirklichen nachweisbaren Umfang ihrer Anwendung hinaus zu erweitern."

Entscheidung bespricht überhaupt die Verpflichtung zur Rechnungsablage in einer Weise, die ich für korrekt halte, und sie möge deshalb zum Schluß hier eine Stelle finden.

Die Parteien, Witwe N. und P., hatten auf gemeinschaftliche Rechnung Fruchthandel getrieben. Zur Auseinandersetzung ließ die N. dem P. eine Rechnung zustellen, die als „Einnahme" eine Anzahl Namen von Fruchtkäufern mit beigesetzten Summen als den erlösten Preisen, daneben aber eine Anzahl (die Einnahme übersteigender) Ausgabeposten enthielt. P. erachtete dies für keine genügende Rechnung und klagte deshalb auf anderweite Rechnungsstellung, indem er namentlich geltend machte, daß die Einnahmeposten nicht die verkauften Fruchtquantitäten und die dafür gesetzten Preise enthielten, auch an der Begründung der Ausgabeposten mehrfache Ausstellungen erhob. In der Vorinstanz wurde die Verklagte verurteilt, dem Kläger annoch „ordnungsmäßige Rechnung" zu stellen. Beim O.-A.-G. fand diese Entscheidung Bestätigung (1866), jedoch aus folgenden Gründen: „Wenn auch durch die von der Verklagten bereits gestellte Rechnung insofern, als dieselbe das Zugeständnis einer Reihe von Einnahmeposten enthält, die wesentlichste Grundlage der zu stellenden Rechnung beschafft wurde; wenn auch ferner die Ausstellungen, die Kläger an den verzeichneten Ausgabeposten macht, bei mangelnder Darlegung eines Interesses insofern nicht zu einer Klage auf Rechnungsstellung Veranlassung geben konnten, als es dem Rechnungsherrn freisteht, bei vermeintlich ungenügender Begründung der Ausgabeposten diese nicht anzuerkennen, und mittelst prozessualischer Verfolgung seiner Ansprüche lediglich auf Grund der gehabten Einnahmen den Gegner zu einer ausreichenden Begründung seiner Ausgaben, wie er mit solchen prozessualisch durchzulangen vermeint, zu nötigen: so sind doch die Ausstellungen, die Kläger bezüglich der zu den verzeichneten Einnahmeposten fehlenden nähern Angaben macht, geeignet, die Klage auf eine in den von ihm hervorgehobnen Richtungen verbesserte Rechnungsstellung zu begründen; und nur in diesem Sinne ist auch die Klagbitte, sowie die erfolgte Verurteilung aufzufassen. Namentlich steht ein Interesse des Klägers, zu den verzeichneten Einnahmeposten in den hervorgehobnen Richtungen nähere Auskunft zu erhalten, nicht zu verkennen, und die Verklagte als Rechnungspflichtige kann sich deshalb der Erteilung dieser Auskunft, soweit sie dazu imstande ist, insbesondre etwa weitere deshalbige Aufzeichnungen besitzt,

nicht entziehen. Die Thatsache, daß Verklagte, wie sie erst in dieser Instanz mit Bestimmtheit behauptet, zu einer genauern Rechnungsstellung sich subjektiv außer stande befinde, würde allerdings ihre Verpflichtung zur weitern Rechnungsstellung als solche erledigen. Nach Lage der Sache muß aber die Feststellung dieser Thatsache, die ihrer Natur nach, sowie nach Maßgabe der bei den Erbschaftsklagen ausgebildeten Grundsätze nur durch die eigne eidliche Erhärtung der Verklagten erfolgen kann, der Vollziehungsinstanz überlassen bleiben.

Der Urkundenbeweis

[Dieser Aufsatz, der im Jahre 1875 in Bd. 13 der Jahrbücher für Dogmatik u. s. w. veröffentlicht wurde, hatte zunächst den Zweck, auf die Gestaltung der damals im Entwurfe vorliegenden Zivilprozeßordnung, deren Bestimmungen über Urkundenbeweis sehr dürftig waren, womöglich einigen Einfluß zu üben. Dieser Zweck ist nicht erreicht worden. Die Bestimmungen des Entwurfs sind fast unverändert in das Gesetz übergegangen. Von den Regierungskommissaren wurde wiederholt bemerkt, daß die Zivilprozeßordnung gar nicht die Aufgabe habe, über die materielle Bedeutung der Urkunden Bestimmung zu treffen, dies vielmehr dem Zivilrechte vorbehalten bleiben müsse. Nun ist aber der Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuchs erschienen, und die Bestimmungen über die Bedeutung der Urkunden sind darin nicht minder dürftig als in der Zivilprozeßordnung. Um so mehr wird es gerechtfertigt sein, den nachfolgenden Aufsatz hier aufzunehmen.]

Dieser Aufsatz hat nicht den Zweck, ganz neue Gedanken in der Lehre vom Urkundenbeweis zu Tage zu fördern. Er will vielmehr nur diese Lehre kurz gefaßt in einem Zusammenhange darstellen, wie sie ihn gewöhnlich nicht findet, weil Lehrbücher und Gesetze in der Regel nur den Prozeß oder nur das materielle Recht zum Gegenstande haben und daher auch nur von dem einen oder andern Standpunkte aus über diese Lehre handeln; während doch die Urkunde beiden Rechtsgebieten angehört und nur in dieser Doppelbeziehung ihrem wahren Wesen nach richtig erkannt werden kann. Auch wenn die dem Reichstage bereits vorgelegte Deutsche Prozeßordnung demnächst ins Leben tritt, wird eine wissenschaftliche Darstellung, wie sie hier versucht worden ist, nicht ganz wertlos sein, da auch dieses Gesetz grundsätzlich die dem materiellen Rechte angehörige Wirksamkeit der Urkunde von sich ausschließt, und

auch die darin über den Urkundenbeweis gegebnen prozessualischen Bestimmungen (sie beschränken sich auf die §§ 367 bis 371, 387, 389—393, sodann noch § 14 des Einführungsgesetzes [jetzt die §§ 380—384, 400, 402—406 der Z.-P.-O. und § 17 des E.-G.]) auf Grund einer klaren wissenschaftlichen Erkenntnis vielleicht richtiger werden gewürdigt werden.

---

§ 1

Der Urkundenbeweis ist ein Beweis durch Augenschein. Die Urkunde beweist, indem sie eine bestimmte Schrift oder sonstige Zeichen dem Auge des Richters vorführt.

Für die Bedeutsamkeit dieser Schrift — ich bitte den Zusatz „oder sonstige Zeichen" fortan stillschweigend hinzuzudenken — ist die erste Frage die: wer ist Urheber derselben? Rührt sie wirklich von dem her, dem sie als Urheber beigemessen wird? Das ist die Frage über die Echtheit.

Für diese Frage kann die Urkunde selbst, also der Augenschein, ein Beweismittel abgeben, indem dieselbe schon ihrer äußern Erscheinung nach eine bestimmte Urheberschaft erkennen läßt. Zunächst kommt in Betracht, daß die Schriftzüge eines jeden Menschen einen mehr oder weniger individuellen Charakter an sich tragen, sodaß für den, der die Handschrift des Ausstellers kennt, schon dieser Charakter der Schrift ein Kennzeichen der Echtheit abgiebt. Auf dieser Grundlage beherrscht bekanntlich die einfache Handschrift den gesamten kaufmännischen Verkehr, wo nach Bekanntgebung der Namensunterschrift der disponierenden Personen auf dieser Grundlage sämtliche Geschäfte abgeschlossen werden. Für den gerichtlichen Beweis ist aber dieses Kennzeichen der Echtheit nur da unmittelbar verwertbar, wo etwa die Handschrift des Ausstellers gerichtskundig ist. Dies wird in der Regel nur etwa bei Urkunden öffentlicher Beamten oder Behörden zutreffen. Bei diesen pflegt überdies die Form der Ausfertigung, namentlich die Beifügung eines amtlichen Siegels, ein charakteristisches

Merkmal für die Echtheit abzugeben. Darauf gründet sich die Regel:

daß öffentliche Urkunden eines besondern Beweises der Echtheit nicht bedürfen.

Der Beweis der Echtheit wird hier durch die der Urkunde selbst anhaftenden Kennzeichen der Echtheit erbracht, vorbehaltlich natürlich des Beweises der Fälschung. Dasselbe pflegt angenommen zu werden bei den Urkunden sogenannter siegelmäßiger Personen.

Auch bei andern Urkunden kann schon die äußere Erscheinung die Echtheit mehr oder minder verbürgen. So namentlich bei Urkunden von augenscheinlich hohem Alter, die durch die Schwierigkeit, solche Urkunden künstlich zu erzeugen, eine gewisse Bürgschaft der Echtheit in sich selbst tragen.

Wo dagegen die Echtheit nicht schon aus der äußern Erscheinung der Urkunde zu entnehmen ist — also in der Regel bei Privaturkunden —, bedarf die Echtheit besondern Beweises.

Dieser Beweis kann zunächst erbracht werden durch eine mit der Urkunde verbundne weitere Urkunde, in der ein öffentlicher Beamter die Echtheit der erstern Urkunde bescheinigt, indem er entweder die in seiner Gegenwart erfolgte eigenhändige Niederschrift oder Unterzeichnung der Urkunde, oder die erfolgte Anerkennung derselben durch den Aussteller bezeugt. Das ist die Beglaubigung. Eine Urkunde mit hinzugefügter Beglaubigung über ihre Ausstellung enthält einen doppelten Urkundenbeweis; einmal den Beweis, den die beglaubigte Urkunde nach Maßgabe ihres Inhalts erbringt, und weiter, als Grundlage dieses Beweises, den Beweis der Echtheit dieser Urkunde, den die hinzugefügte Beglaubigung liefert.

Man pflegt wohl eine Urkunde, deren Echtheit durch Beglaubigung festgestellt ist, in ihrer Gesamtheit als „öffentliche“ zu bezeichnen. „Öffentlich“ ist aber doch eigentlich nur die Beglaubigung. Selbstverständlich wird durch die hinzugefügte Beglaubigung der Wert der von dem Aussteller in

der Urkunde abgegebnen Erklärung, sei es in beweisender, sei es in rechtswirkender Kraft, nicht um das geringste gesteigert. Nur stellt allerdings das Datum der Beglaubigung zugleich fest, daß die Urkunde bereits zur Zeit dieses Datums existiert habe.

Ferner kann der Beweis der Echtheit entnommen werden aus der Charakteristik der Handschrift (wo diese nicht bereits gerichtskundig ist) durch Vergleichung der Schriftzüge mit den Schriftzügen andrer Urkunden, die unbestritten oder erwiesenermaßen von dem Aussteller der in Frage stehenden Urkunde herrühren; — Beweis durch Schriftvergleichung. Dieser Beweis pflegt jedoch meistens nur unsichere Resultate zu geben und läßt nur nach den Umständen sich würdigen.

Endlich kann die Thatsache der Ausstellung auch durch andre Beweismittel erbracht werden, insbesondre auch Eid. Die gemeinrechtliche Praxis hat hierfür einen besondern Eid — den Diffessionseid — geschaffen und mißt diesem Eide eine eigentümliche Natur bei. Ein legislatorisches Bedürfnis, den Echtheitsbeweis mittelst Eides von der Beweisführung mittelst Eideszuschiebung im allgemeinen zu trennen, liegt jedoch nicht vor. Die Ausstellung einer Urkunde ist eine juristische Thatsache, wie jede andre auch.

§ 2

Von der allergrößten Bedeutung für den Echtheitsbeweis ist eine Rechtsvermutung, die Vermutung nämlich, daß, wer eine Schrift, auch wenn sie nicht von seiner Hand geschrieben ist, mit seinem Namen unterzeichnet, sich den Inhalt dieser Schrift aneignet.

Diese Regel gilt in gleicher Weise für öffentliche wie für Privatkunden.

Zufolge derselben kann der Echtheitsbeweis (z. B. durch Beglaubigung, Schriftvergleichung u. s. w.) auf die Echtheit der Namensunterschrift sich beschränken. Auch ergiebt sich daraus, daß, wer die Echtheit der unter der Urkunde befind-

lichen, auf seinen Namen lautenden Unterschrift anerkennt, diese Urkunde auch, vorbehaltlich etwaiger seinerseits zu beweisender Einreden, gegen sich gelten lassen muß.

Jene Vermutung tritt jedoch nur ein für die im ordnungsmäßigen Zusammenhange über dem gezeichneten Namen stehende Schrift. Was nicht in diesem ordnungsmäßigen Zusammenhange steht oder innerhalb desselben geändert ist, also namentlich Einschaltungen zwischen den Zeilen oder am Rande, Ausstreichungen, Radierungen und ähnliche Änderungen, die ihrer äußern Erscheinung nach die Möglichkeit an sich tragen, nachträglich ohne den Willen des Unterzeichneten hinzugefügt zu sein, braucht dieser kraft der Echtheit seiner Unterschrift nicht ohne weiteres gegen sich gelten zu lassen.[1]) Es bedarf vielmehr, soweit es auf diese Änderungen ankommt, noch des besondern Beweises, daß die Änderung entweder schon vor der Unterzeichnung der Urkunde bestanden habe, oder daß sie nachträglich mit dem Willen des Unterzeichners gemacht worden sei. Es ergiebt sich von selbst, daß das eine oder das andre der Fall sein muß, wenn die Änderung von dem Aussteller selbst herrührt, also z. B. die Einschaltung von seiner eignen Hand geschrieben, eine Durchstreichung u. s. w. von ihm selbst vorgenommen ist; sodaß der Beweis hierüber stets den Mangel der Urkunde deckt.[2]) So-

---

1) Merkwürdigerweise besteht im Wechselverkehr eine Übung, die den Wechselaussteller in eine eigentümliche Rechtsunsicherheit versetzt. Es ist nämlich üblich, die Domizilierungsklausel an den untern linken Rand des Wechsels zu setzen, eine Stelle, die keine Garantie dafür bietet, daß jene Klausel schon bei der Unterzeichnung des Wechsels da gestanden habe und nicht vielmehr nachträglich hinzugefügt sei. Trotzdem hat man in Fällen, wo der Wechselaussteller dieses behauptete, denselben mit dem Beweise belastet. Vgl. Entsch. des O.-Tr. in Berlin bei Seuffert, Bd. 15 Nr. 56 und des R.-O.-H.-G. in dessen Entscheidungen Bd. 3 Nr. 9.

2) Der Aussteller wird daher auch nicht den Diffessionseid über eine mit Einschaltungen u. s. w. versehene Urkunde versagen können; aber er wird denselben dahin schwören dürfen, daß die Einschaltung u. s. w. weder von ihm selbst herrühre, noch mit seinem Wissen und Willen hinzugefügt sei.

weit es auf den Inhalt der Änderung nicht ankommt, wird durch dieſelbe der Urkunde kein Abbruch gethan. [3])

Zu den Mängeln dieſer Art gehört es auch, wenn eine Urkunde aus mehreren loſe zuſammenhängenden Blättern beſteht, deren letztes nur die Namensunterſchrift trägt. Hier iſt durch die Form der Urkunde keine Sicherheit dafür gewährt, daß die vorausgehenden Blätter zu dem letzten Blatte gehören. Es bedarf daher hierüber beſondern Beweiſes. Bei Beglaubigungen pflegt man deshalb die vorausgehenden Blätter dem letzten Blatte unter Siegel anzuheften.

Noch entſteht die Frage, ob es, um jener Rechtsvermutung zu begegnen, genügt zu beweiſen, daß der Unterzeichner die jetzt in vollendeter Form vorliegende Urkunde in Blanko gezeichnet habe; indem bewieſen wird, es habe die Urkunde bei der Namenszeichnung noch gar keine ſonſtige Schrift, oder doch in dieſer (vielleicht einem vorgedruckten Formular) weſentliche Lücken enthalten; es ſei z. B. die Schuldſumme nicht ausgefüllt geweſen. Dieſer Beweis allein kann zur Beſeitigung der Kraft der Urkunde nicht genügen. Wer eine Urkunde in Blanko zeichnet, nimmt damit einen Vertrauensakt vor, indem er dem, dem er die Blankozeichnung in die Hand giebt, überläßt, die Urkunde ſeinem (des Unterzeichners) Willen entſprechend auszufüllen. Will der Unterzeichner nachher ſich darauf berufen, es ſei dieſem Vertrauen nicht entſprochen und die Urkunde anders, als er gewollt, ausgefüllt worden, ſo hat er darüber Beweis zu führen. Wollte man anders entſcheiden, wollte man dem, der die Urkunde mit Blankozeichnung empfangen, den Beweis aufbürden, daß die Urkunde dem Willen des Unterzeichners entſprechend ausgefüllt ſei, ſo würde gerade der, dem auf dieſe Weiſe Vertrauen geſchenkt worden iſt, in ſeinen berechtigten Erwartungen betrogen werden.

Gleiches muß gelten, wenn der Unterzeichner behauptet,

---

3) Seuffert, Bd. 28 Nr. 79.

daß die Schrift der Urkunde nachträgliche Abänderungen erlitten, die aber, weil sie innerhalb des ordnungsmäßigen Zusammenhangs der Urkunde stehen, äußerlich sich nicht als solche kennbar machen. Wer eine Urkunde unterzeichnet, die zu solchen unmerkbaren Änderungen Raum giebt, muß die Belastung mit dem Beweise als Folge — seiner Unvorsichtigkeit tragen.[4])

Ebenso wenig kann der Unterzeichner zur Beseitigung der gedachten Rechtsvermutung mit der Behauptung gehört werden, die von ihm unterzeichnete Urkunde *nicht gelesen zu haben*. Es wird vielmehr wiederum vermutet, daß er sie gelesen habe; und wenn er sie wirklich nicht gelesen, so hat er eben wiederum dem, der sie ihm zur Unterschrift vorgelegt, Vertrauen geschenkt, als dessen Folge er seinerseits den Beweis führen muß, daß er *getäuscht* sei. Es wird sich daher dieser Beweis nicht bloß darauf, daß er die Urkunde nicht gelesen, sondern zugleich darauf zu erstrecken haben, welche Urkunde *andern Inhalts* er zu unterzeichnen geglaubt habe.[5]) In gleicher Weise wird der Fall zu beurteilen sein, wenn eine

---

4) Ein interessanter und sehr gut beurteilter Rechtsfall dieser Art findet sich bei Seuffert, Arch. Bd. 28 Nr. 261. Vgl. auch daselbst Bd. 19 Nr. 275; Bd. 26 Nr. 190.

5) Vgl. Seuffert, Arch. Bd. 4 Nr. 178; Bd. 8 Nr. 26; Bd. 14 Nr. 16; Bd. 24 Nr. 236; Bd. 25 Nr. 227. — Selbst diese Einrede der Täuschung wird man auszuschließen haben, wenn jemand eine Urkunde unterzeichnet, von der er sich bewußt war, daß sie für einen Dritten Rechte begründen solle, und dieser Dritte die Urkunde in gutem Glauben empfing. Denn alsdann hat der Aussteller dem Dritten gegenüber in das eingewilligt, was sich diesem als der Inhalt seiner urkundlichen Erklärung darstellte. So verurteilte das Oberappellationsgericht in Berlin den Verklagten aus einem auf 500 Thaler lautenden Bürgschein, trotz des Einwands, daß bei Unterzeichnung des Scheines der Schuldner, der dessen Ausstellung von ihm erwirkt, statt „500 Thaler" „500 Mark" als die Summe, für die er sich verbürge, ihm vorgelesen, und daß er im Glauben an die Richtigkeit hiervon den Bürgschein, ohne ihn zu lesen, unterzeichnet habe. Urteil vom 30. Oktober 1873 in Sachen Koch wider Hoffmann. — Natürlich würde der Getäuschte an den sich halten können, der ihn also getäuscht.

Urkunde Worte enthält, die der Ausſteller nicht verſtanden zu haben behauptet.[6])

Dieſe Vermutung, daß der Unterzeichner die Urkunde geleſen oder deren Inhalt gekannt habe, iſt aber nur dann gerechtfertigt, wenn der Unterzeichner überhaupt leſen kann. Und dies darf man wiederum ohne weiteres annehmen von dem, der eine Urkunde mit Schriftzügen unterzeichnet hat, indem der, der Schriftzüge ſchreibt, auch die Annahme gegen ſich gelten laſſen muß, daß er Geſchriebnes zu leſen verſteht. Schreibensunkundige dagegen pflegen Urkunden, ſtatt mit ihrer Namensunterſchrift, mit einem andern Handzeichen — drei Kreuzen oder drei Nullen — zu unterzeichnen. Auch dieſe Unterzeichnung hat unzweifelhaft den Zweck, den Inhalt der Urkunde ſich anzueignen. Nur iſt, da der alſo Unterzeichnende mutmaßlich des Schreibens und folgeweiſe auch des Leſens unkundig iſt, gegen ihn die Vermutung nicht gerechtfertigt, daß ihm der Inhalt der Urkunde kraft eignen Leſens bekannt geworden ſei. Um alſo die Aneignung des Urkundeninhalts durch die Unterkreuzung als Wahrheit erſcheinen zu laſſen, bedarf es noch des beſondern Beweiſes, daß der Inhalt in andrer Weiſe zur Kenntnis des Unterzeichners gekommen ſei, daß alſo ein andrer ihm die Urkunde vor oder bei der Unterzeichnung richtig vorgeleſen habe. Wird dieſer Beweis erbracht, ſo ſteht die Unterzeichnung mittelſt Handzeichens mit der durch Namensunterſchrift völlig auf gleicher Linie. Jener Beweis kann nun ohne Zweifel durch eine zugleich die Unterzeichnung beglaubigende Beurkundung eines öffentlichen Beamten erbracht werden.[7])

6) Seuffert, Bd. 5 Nr. 266.

7) Die Beglaubigung einer mit Namensunterſchrift verſehenen Urkunde kann ſich auf die Vollziehung oder Anerkennung dieſer Namensunterſchrift beſchränken. Bei der Beglaubigung einer mit Handzeichen vollzognen Urkunde iſt dagegen zu ſicherer Annahme, daß keine Täuſchung obgewaltet, erforderlich, daß die Beglaubigung ſich auf die Kenntnis des Inhalts der Urkunde ſeitens des Unterzeichners, alſo auf deren Vorleſung und Genehmigung erſtrecke.

Aber es liegt überall kein Grund vor, andre Beweismittel auszuschließen. Die Annahme, „es könne die Echtheit solcher Urkunden nur durch öffentliche Beglaubigung bewiesen werden," scheint auf der unrichtigen Ansicht zu beruhen, als ob der Echtheitsbeweis immer nur an die Charakteristik der Handschrift sich knüpfen könnte, womit auch die dem Diffessionseid beigelegte eigentümliche Natur im Zusammenhang stehen dürfte. Nun pflegen freilich Kreuze und Nullen nicht so beschaffen zu sein, daß man zumal einem Schreibensunkundigen zumuten könnte, sie als seine individuelle Schrift wieder zu erkennen. Allein dies ist auch gar nicht nötig. Wenn ich klagend behaupte: „Verklagter wollte mir die und die Erklärung (z. B. eine Verzichtleistung) abgeben; ich setzte darüber eine Urkunde auf, las sie dem Verklagten wörtlich vor; dieser unterzeichnete sie, und zwar als Schreibensunkundiger mit drei Kreuzen, und ließ sie in meinen Händen zurück; und dies hier ist die Urkunde!" — und wenn ich zum Beweis dieses ganzen Vorgangs zwei völlig glaubhafte Zeugen benenne, die die vorgelegte Urkunde — vielleicht weil sie selbst als Zeugen ihre Namensunterschrift beigefügt — bestimmt wieder erkennen: warum soll dieser Beweis ausgeschlossen sein? Oder wenn ich über jenen ganzen Vorgang den Eid zuschiebe: warum soll das nicht statthaft sein? Muß sich doch der Prozeßgegner über jede andre Form seiner Willenserklärung, auch wenn diese gar keine bleibenden Zeichen zurückgelassen hat, den Eid zuschieben lassen. Warum nicht über diese, selbst wenn die von ihm angefertigten Zeichen als solche für ihn nicht wiedererkennbar sein sollten? Muß er sich doch der Thatsache erinnern! Es ist in Wahrheit nicht einzusehen, weshalb in dieser Weise der Beweis beschränkt sein müßte.[8])

8) Eine nicht minder irrekognoscible Natur haben z. B. auch Durchstreichungen. Gleichwohl steht gewiß nichts entgegen, daß von dem Aussteller der Eid gefordert werde, daß eine in der Urkunde vorkommende Durchstreichung nicht von ihm selbst herrühre.

§ 3

Soviel über die Frage der Echtheit. Steht dieſe feſt, iſt alſo der Inhalt der Urkunde als Geiſtesprodukt einer beſtimmten Perſon feſtgeſtellt, dann entſteht weiter die Frage: wie wirkt dieſer Inhalt? Und in dieſer Beziehung trennt ſich die Natur der Urkunde ſcharf in zwei Richtungen. Der Inhalt der Urkunde iſt entweder juriſtiſche Thatſache, oder er iſt ſelbſt wieder nur Beweismittel. Wohl kommt es vor, daß beide Naturen in der nämlichen Urkunde zuſammen treffen und dadurch jener Gegenſatz ſich einigermaßen verwiſcht. Es iſt aber wiſſenſchaftlich von der höchſten Bedeutung, jenen Gegenſatz ſtets ſcharf vor Augen zu behalten, indem die meiſten Irrungen auf dem Gebiete des Urkundenbeweiſes in der ungenügenden Erkenntnis desſelben wurzeln.

Die Urkunde iſt allerdings ſtets „Beweismittel“ inſofern, als ſie ihren Inhalt durch den Augenſchein aufweiſt. Dieſer Inhalt iſt aber nicht nur ein bloßes Beweismittel, iſt vielmehr juriſtiſche Thatſache, ſobald die Urkunde einen Rechtsakt enthält. Sie iſt alsdann die äußere Erſcheinungsform, gleichſam der Körper dieſes Rechtsaktes. So wie da, wo ein Rechtsakt durch geſprochne Worte ins Leben tritt, das geſprochne Wort nicht ein Beweismittel des Rechtsakts, ſondern der Rechtsakt ſelbſt iſt, ſo iſt dies auch das geſchriebne Wort, wo es dem Rechtsakt Ausdruck verleiht. [Dieſe Lehre iſt ſchon früher (1837) von mir behandelt worden in dem Aufſatze „Zur Verſtändigung über den Anerkennungsvertrag“ S. 414 f. Neuerdings iſt ihr auch Degenkolb beigetreten.]

Ein ſolcher urkundlich ins Leben getretener Rechtsakt kann allen möglichen Rechtsgebieten, dem öffentlichen wie dem Privatrecht angehören.

Eine ſchriftlich ergangne amtliche Anordnung, Verfügung oder Entſcheidung wird durch die ſie enthaltene Urkunde bewieſen, weil die Urkunde die Anordnung u. ſ. w. iſt.

Ein ſchriftlich errichtetes Teſtament wird durch das betreffende Schriftſtück erwieſen, weil dieſes das Teſtament iſt.

Ebenso gewährt eine gepflogne Korrespondenz, in der einerseits ein Rechtsgeschäft angeboten, andrerseits dasselbe angenommen wird, in ihrer Gesamtheit einen vollen Urkundenbeweis für das Rechtsgeschäft, weil die Briefe den Abschluß des Rechtsgeschäfts selbst enthalten.

Das alles leuchtet nun wohl ohne besondre Schwierigkeit ein. Auch wird niemand bezweifeln, daß ein ausgestellter Wechsel die Wechselverbindlichkeit nicht bloß „beweist," sondern enthält. Minder klar aber ist man über die Bedeutung andrer Vertragsurkunden. Manche sind geneigt, die Willenseinigung, die man Vertrag nennt, als etwas Ideelles, gleichsam in der Luft Schwebendes anzusehen und deshalb das geschriebne Wort, das den Vertrag schafft, nur als „Beweismittel" gelten zu lassen. Wir wollen hier Schritt vor Schritt von den klarern Formen zu den minder klaren übergehen, um zu zeigen, wie die Vertragsurkunde in der That die äußere Erscheinungsform des Vertrags selbst ist.

Denken wir uns zunächst eine Urkunde folgenden Inhalts:

Wir, die unterzeichneten A und B, schließen hiermit folgenden Kaufvertrag ab. Es verkauft A an B u. s. w.

(Unterschrift des A und des B.)

Diese Urkunde beweist den Kaufvertrag, weil ihr Inhalt der Kaufvertrag ist. Freilich werden meistens die Kontrahenten schon vor der Niederschrift und Unterzeichnung der Urkunde über das Geschäft sich besprochen oder korrespondiert haben, dabei auch zu einer gewissen Einigung gelangt sein.[9]) War aber bei diesen Verhandlungen die Abfassung einer Urkunde über den Vertrag (ausdrücklich oder stillschweigend) ins Auge gefaßt, so entspricht es durchaus dem auch in unserm heutigen Rechtsbewußtsein lebendigen Sinne für Form, daß im Zweifel die Kontrahenten erst die Unterzeichnung der Urkunde als

9) Es ist eine die Sicherheit unsers Rechtsverkehrs höchlich gefährdende Anschauung, wenn man jede Einigung sofort als vollendeten Vertragsabschluß gelten lassen will. Anscheinend vertritt eine solche Anschauung die Entscheidung bei Seuffert, Bd. 16 Nr. 102.

den wirklichen Vertragsabschluß betrachten wollten. Die hiermit übereinstimmende Vorschrift in l. 17 C. de fide inst. 4, 21 (sowie auch in § 117 T. I Tit. 5 des Preuß. A. L.-R.) besagt daher nur das, was schon in der Natur der Sache liegt. Aber selbst unterstellt, die vorgängige Einigung habe nach dem ausdrücklich erklärten Willen der Kontrahenten bereits als bindender Vertragsabschluß gelten sollen, so würde doch durch Aufstellung und Unterzeichnung der Urkunde der Vertrag in einer zweiten Form ins Leben treten, der gegenüber die vorausgegangne mündliche Form des Abschlusses dergestalt in den Hintergrund tritt, daß sie nur etwa für eine Erläuterung oder unter Umständen auch für eine Berichtigung[10]) des schriftlichen Vertrags Bedeutung behält.[11]) Also auch in diesem Falle beweist die Urkunde den Vertrag nicht als etwas außer ihr liegendes, sondern kraft Reproduktion des Vertrags selbst in einer zweiten Erscheinungsform.

Wenden wir uns nun zu einer etwas abweichenden Form des nämlichen Vertragsabschlusses. Gesetzt, die Urkunde lautet so:

> Wir, die unterzeichneten A und B, erklären, folgenden Kaufvertrag abgeschlossen zu haben. Es hat verkauft u. s. w.

Hier tritt die Urkunde auf scheinbar nur als Zeugnis über einen hinter ihr liegenden Kaufvertrag. In der That aber reproduziert sich auch in diesem Bezeugen eines Vertrags der Wille des Vertragsabschlusses selbst. Die Urkunde, in dieser Form aufgestellt, enthält nicht minder als in jener

10) Es wird hierbei oftmals die Frage entstehen, ob nicht durch die Nichtaufnahme eines früher mündlich verabredeten Punktes in die Urkunde dieser Punkt für den definitiven Vertragsschluß aufgegeben sei. Vgl. Seuffert, Bd. 6 Nr. 19; Bd. 21 Nr. 33; Bd. 25 Nr. 263. Eine ähnliche Frage tritt ein, wenn zunächst eine Interimsurkunde errichtet ist, aus dieser aber Bestimmungen in die Hauptvertragsurkunde nicht aufgenommen sind. Seuffert, Bd. 10 Nr. 242.

11) Der mitunter auf dieses Verhältnis angewandte Satz, „daß für Novationen nicht zu vermuten sei," paßt hier ganz und gar nicht.

ersten Form einen wirklichen Vertragsabschluß in sich, sei es auch als dessen zweite Erscheinungsform. Wir können uns das am besten deutlich machen, wenn wir uns denken, daß vielleicht voller Beweis geführt würde, es sei vor der Urkunde gar kein Vertrag zustande gekommen, oder der Beweis, daß der vorausgegangne Vertrag wegen eines Mangels ungiltig sei, während bei Ausstellung der Urkunde dieser Mangel weggefallen wäre. In allen diesen Fällen würde die Urkunde, lediglich als Zeugnis eines hinter ihr liegenden Vertragsabschlusses gedacht, durch jenen Beweis widerlegt oder entkräftet, mithin bedeutungslos werden, während, richtig erkannt, sie durch jene Beweisführung in keiner Weise affiziert wird. Sie behält vielmehr ihre volle Bedeutung kraft des auch in der Form des Zeugnisses sich erneuernden Vertragswillens. Es ist daher völlig einerlei, ob in einer Urkunde gesagt wird:

Wir, A und B, schließen den und den Vertrag ab;

oder:

Wir, A und B, erklären, den und den Vertrag abgeschlossen zu haben.

Auch in der letztern Form wirkt die Urkunde — jedenfalls zunächst und vorzugsweise — als juristische Thatsache, weil ihr Inhalt ein in Zeugnisform eingekleideter Vertragsabschluß ist.

Und wohlgemerkt, diese Doppelform urkundlicher Erklärung, wonach die Urkunde bald als unmittelbarer Ausdruck des gegenwärtigen Willens, bald nur als Zeugnis eines angeblich in der Vergangenheit liegenden Willens auftritt — Formen, die rechtlich ganz auf gleicher Linie stehen —, zieht sich durch die gesamte Urkundenlehre hindurch.

§ 4

Bisher haben wir nur Urkunden, die die Unterschrift beider (sämtlicher) Beteiligten tragen, also zweiseitig ausgestellte Urkunden ins Auge gefaßt. Solche Urkunden lassen schon in sich selbst den geeinigten Willen der Beteiligten er-

kennen. Natürlich aber vollzieht sich die Unterschrift der Beteiligten doch immer nur eine nach der andern. Gesetzt nun, der eine Kontrahent, der dem andern durch einen Vertrag Rechte einräumt, hätte die Vertragsurkunde bereits unterzeichnet und übergäbe sie zur Mitunterzeichnung dem andern, dieser aber, statt seine Unterschrift sofort hinzuzufügen, steckte die Urkunde in die Tasche: so trüge er damit den Willen des erstern gleichsam gebunden mit sich. Er selbst könnte ja jeden Augenblick seine Unterschrift hinzufügen und damit das Rechtsgeschäft als zweiseitiges in die äußere Erscheinung treten lassen. Eben deshalb braucht er es aber nicht zu thun; seine Annahme des Rechtsgeschäfts ergiebt sich schon daraus, daß er die Urkunde besitzt und sich auf dieselbe beruft.

Wir gelangen so zu einer zweiten Art der Vertragsurkunde, indem dieselbe als einseitig ausgestellte auftritt; anscheinend ein einseitiger Akt, in Wahrheit aber nicht minder ein zweiseitiges Rechtsgeschäft dadurch, daß sie dem, der Rechte daraus ableitet, eingehändigt ist.

Auf diese Weise werden öfters selbst solche Verträge urkundlich abgeschlossen, bei denen jeder Teil dem andern Rechte einräumt. So z. B. wird ein Mietvertrag doppelt ausgefertigt; das eine Exemplar erhält der Mieter mit der Unterschrift des Vermieters, das andre der Vermieter mit der Unterschrift des Mieters. In diesen einseitig unterzeichneten Urkunden trägt jeder Teil den vollen Beweis des Mietvertrags in Händen, weil die Unterschrift des Gegners in Verbindung mit dem eignen Besitz den Vertragsabschluß aufweist.[12])

Ganz und gar in Übung aber ist die Form der einseitigen Vertragsurkunde bei Verträgen, durch die einseitig Rechte übertragen werden. Vollmachten, Cessionen, Verpfän-

12) Ein solcher Abschluß eines zweiseitigen Vertrags durch zwei Urkunden ist vergleichbar der römischen Form, wo ein zweiseitiger Vertrag durch zwei gegenseitig vollzogne Stipulationen geschlossen werden konnte.

dungen, Verzichtleistungen u. s. w., ebenso auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts: Anstellungen, Kommissionen u. s. w. werden regelmäßig in der Form einer Urkunde, die einseitig von dem einen Teile ausgestellt, dem andern aber eingehändigt wird, vollzogen. Niemand denkt daran, die Mitunterschrift des andern Teils zu begehren.

Auch hier nun begegnen wir wieder der Doppelform, wonach solche Urkunden entweder in der Form unmittelbarer Verfügung oder in der Form eines Zeugnisses über eine angeblich bereits geschehene Verfügung ausgestellt werden. Beide Formen besagen ganz das nämliche. Es ist völlig einerlei, ob ich in einer Urkunde sage: „ich bevollmächtige" oder „ich habe bevollmächtigt," „ich cediere" oder „ich bescheinige, cediert zu haben," „ich verzichte," oder „ich bekenne, verzichtet zu haben."[13] In jeder dieser Form habe ich durch die Urkunde bevollmächtigt, cediert u. s. w., sollte auch bei der letztgewählten Form vollständig bewiesen werden können, daß eine Bevollmächtigung, Cession u. s. w. der Urkunde in keiner Weise vorausgegangen sei. Denn wer so angesehen werden will, daß er etwas gethan habe, was er jeden Augenblick durch seinen einfachen Willen noch thun kann, thut es eben damit von neuem.

§ 5

Diese Form der einseitigen Vertragsurkunde ist dann auch unserm Rechtsleben völlig geläufig für einseitige Schuldverträge, und zwar in der mannigfachsten Abstufung von den Schuldverträgen an, die ein ganz neues Schuldverhältnis schaffen, bis zu denen herab, die lediglich eine bestehende Schuld festzustellen bestimmt sind.

Wenn ich eine Urkunde mit meiner Namensunterschrift ausstelle:

---

13) Mitunter findet man sogar beide Formen gehäuft, z. B.: „Ich Endesunterzeichneter erkläre, bevollmächtigt zu haben, und bevollmächtige andurch u. s. w." Man findet diesen schwerfälligen Geschäftsstil namentlich in englischen Urkunden.

Ich verſpreche hiermit meinem Freunde N ein Geſchenk von 100 Thaler, zahlbar 1. Januar 1875,

ſo beweiſt dieſe Urkunde, dem N eingehändigt, einen Schenkvertrag, weil ſie denſelben enthält.

Ferner die Urkunde:

Für den Fall, daß ich das Gut des X kaufe, verſpreche ich Herrn N 100 Thaler zu bezahlen.

Dieſe Urkunde, in der Hand des N, enthält ein bedingtes Zahlungsverſprechen, dem man freilich nicht anſieht, ob es eine Schenkung, ein Mäkelgeld, eine Konventionalſtrafe oder was ſonſt zum Gegenſtand hat.

Ebenſo wenn ich eine Urkunde ausſtelle:

Die und die Schuld des N an A übernehme ich hiermit als Selbſtſchuldner

oder:

Für die und die Schuld des N an A verbürge ich mich hiermit.

Alle dieſe Urkunden ſind als Rechtsakte unverkennbar, da ſie teils eine Schuld ganz neu ſchaffen, teils eine beſtehende Schuld auf eine neue Perſon übertragen. Sie würden aber nicht minder dieſe Rechtsakte enthalten, wenn ſie auch in folgender Form ausgeſtellt wären:

Ich erkläre (beſcheinige, bekenne) hiermit, 100 Thaler als Geſchenk verſprochen zu haben, die und die Schuld übernommen zu haben u. ſ. w.

In gleicher Weiſe kann ich endlich auf eine eigne Schuld nochmals verſprechen. Hier ändert ſich materiell nichts; ſowohl die Schuld als die beteiligten Perſonen bleiben unverändert. Vielmehr ſoll das neue Zahlungsverſprechen den Gläubiger bezüglich der prozeſſualiſchen Verfolgung der Schuld ſicherer ſtellen. Die Natur dieſer Rechtsakte würde klarer hervortreten, wenn das Zahlungsverſprechen ſtets ausdrücklich erfolgte; etwa ſo:

Ich verſpreche hiermit dem N die Summe von 100 Thaler, die ich ihm aus dem und dem Geſchäfte

schuldig bin, und zwar bis zum 1. Januar 1875, zu zahlen.

Weil aber der Gedanke an das Materielle der Sache in uns stets vorzuwiegen pflegt, so werden solche Schuldurkunden nur selten in dieser Form ausgestellt, erhalten vielmehr weit häufiger einen Ausdruck folgender Art:

> Ich bescheinige, dem N aus dem und dem Rechtsgeschäft 100 Thaler schuldig zu sein, die ich bis zum 1. Januar 1875 zu zahlen verspreche.

Und endlich wird, wenn für die Zahlung keine Frist oder sonstige Modalität verabredet werden soll, auch das Zahlungsversprechen ganz weggelassen und sich auf das Bekenntnis des Schuldigseins beschränkt, weil es sich für den schlichten Menschenverstand von selbst versteht, daß der, der schuldig zu sein bekennt, auch zahlen will. Dann erscheint die nämliche Urkunde in folgender Gestalt:

> Ich bescheinige hiermit, dem N aus dem und dem Rechtsgeschäft 100 Thaler schuldig zu sein.

Damit sind wir bei der Form der Vertragsurkunde angelangt, in der der Vertragswille in der unscheinbarsten Gestalt auftritt. Dem äußern Anschein nach ist die Urkunde nur ein Zeugnis oder, wie man wohl zu sagen pflegt, ein „Geständnis" über eine bereits bestehende Schuld, also über etwas außerhalb ihrer selbst liegendes. Auch läßt sich in der That diese Bedeutung der Urkunde nicht absprechen, und wenn es darauf kommt, wird die Urkunde auch als Beweismittel für die in ihr als bereits bestehend bezeugte Schuld gelten können. Mit dieser beweisenden Kraft konkurriert aber die verpflichtende Kraft des ausdrücklich oder stillschweigend in ihr begriffnen Zahlungsversprechens, die, als die weit stärker wirkende, jene beweisende Kraft gewissermaßen absorbiert. Die praktische Bedeutung dieses Unterschieds liegt in folgendem.

1. Betrachtet man jene Urkunde lediglich als Beweismittel, so wird sie mittelst einfachen Gegenbeweises beseitigt werden. Nun unterliegt zwar die Urkunde auch in ihrer ver-

pflichtenden Kraft einer Anfechtung wegen Nichtbestandes der ihr zu Grunde liegenden Schuld; aber diese Anfechtung kann dem in Anerkennung einer bestehenden Schuld erteilten Zahlungsversprechen gegenüber nur nach den Grundsätzen der condictio indebiti stattfinden.

2. Die beweisende Kraft der Urkunde wird wesentlich von der Spezialität abhängen, mit der sie das ihr zu Grunde liegende Schuldverhältnis bezeugt; und man ist von diesem Standpunkt aus dahin gekommen, daß eine Schuldurkunde, die nur im allgemeinen ein Schuldigsein des Ausstellers bezeugt (cautio indiscreta), „nichts beweise." Die verpflichtende Kraft der Urkunde ist dagegen von der Spezialität dieses Zeugnisses völlig unabhängig. Auch folgende Schuldurkunde:

> Ich bescheinige hierdurch, dem N aus verschiednen Schuldverhältnissen 100 Thaler schuldig geblieben zu sein

„beweist" eine Schuld von 100 Thaler, weil sie ein dieser Summe entsprechendes Zahlungsversprechen enthält.

Eine Ausnahmestellung nehmen jedoch Schuldscheine ein, die den Bestand einer Schuld auf Grund einer empfangnen Geldzahlung bezeugen (Darlehensscheine). Schuldscheine dieser Art pflegen zum Zwecke des gleichzeitigen Austausches von Schein und Geld aufgestellt zu werden. Weil es nun leicht vorkommen kann, daß die gegen einen solchen Schein erwartete Geldzahlung nicht wirklich erfolgt und gleichwohl der Schein in die Hände des Gläubigers gelangt, so galt für sie der Grundsatz, daß ihre verpflichtende Kraft von dem Beweise der wirklichen Zahlung des Geldes abhängig sei. Damit war der Schuldschein auf seine lediglich beweisende Kraft zurückgedrängt; und hiernach jedenfalls durch den Beweis widerlegbar, daß Geld auf denselben nicht bezahlt sei. Weil aber andrerseits sehr häufig in der Form des Darlehensscheins auch Schuldscheine über eine bestehende Schuld ausgestellt wurden, die dann durch die Zulassung jenes Beweises höchlich gefährdet wurden, beschränkte man diesen Beweis auf

eine bestimmte Frist, nach deren Ablauf man eine Anfechtung des Darlehnsscheins als eines anticipiert ausgestellten (wegen erwarteter aber nicht erfolgter Geldzahlung) völlig ausschloß. Das ist die römische Lehre von der exceptio non numeratae pecuniae.

Auch für uns bestehen die Schwierigkeiten, die eine befriedigende Gestaltung dieser Lehre den Römern offensichtlich bereitete, unverändert fort. Einerseits die Möglichkeit, daß der Schein wirklich für eine erwartete Geldzahlung ausgestellt sei; was dahin drängt, den Aussteller mit dem Beweis zu hören, daß er in Wahrheit auf denselben kein Geld bekommen habe. Andrerseits die Gefahr, die die Zulassung dieses Beweises dadurch in sich trägt, daß dem Schuldschein vielleicht eine ganz andre causa zu Grunde liegt, wo dann jener Beweis des nicht gezahlten Geldes auf ein Scheinergebnis hinausläuft. Damit allein, daß man einer solchen Urkunde „sofortige Beweiskraft" beilegt, ist diese Schwierigkeit nicht überwunden, da immer wieder die Frage entsteht: welcher Gegenbeweis vermag denn nun die „Beweiskraft" der Urkunde zu beseitigen? Genügt der Beweis, daß auf dieselbe kein Geld gezahlt sei? Oder muß bewiesen werden, daß man auf dieselbe überhaupt nichts schuldig geworden? Das ist die Frage, an der die Praxis eigentlich am schwersten leidet, weil bei einer großen Zahl von Juristen noch nicht einmal die Frage selbst zur Klarheit gediehen ist.

Parallel mit den Urkunden über die Begründung eines Schuldverhältnisses gehen die, die über die Lösung eines solchen ausgestellt werden.

§ 6

Es sollen nun noch mehrere einzelne auf Vertragsurkunden bezügliche Punkte hier erörtert werden.

1. Wir sahen oben, daß bei der einseitigen Vertragsurkunde die Willenseinigung erst dadurch sich herstellt, daß die Urkunde dem, der Rechte daraus ableitet, ausgehändigt

wird. In dieſer Beziehung kommt aber der Beweisführung wiederum die wichtige Rechtsvermutung zu ſtatten, daß, wenn der aus der Urkunde Berechtigte ſich in deren Beſitze befindet, vermutet wird, er ſei mit Wiſſen und Willen des Ausſtellers in den Beſitz gekommen.[14]) Den Beſitz der Urkunde beweiſt er natürlich ſchon dadurch, daß er ſie vorlegt. Vorbehalten aber bleibt zur Entkräftung der Urkunde dem Gegner die Einrede, daß die Urkunde wider Wiſſen und Willen des Ausſtellers in die Hände des Beſitzers gelangt ſei. Damit hört ſie auf, ein zwiſchen beiden zuſtande gekommnes Rechtsgeſchäft darzuſtellen.

Iſt einmal die Urkunde dem Berechtigten ausgehändigt, ſo wird es dem dadurch begründeten Rechtsakt in der Regel keinen Eintrag thun, wenn der Berechtigte den Beſitz wieder verliert. Nur muß er dann über die Aushändigung der Urkunde und deren Inhalt beſondern Beweis führen. Es giebt jedoch auch Urkunden, die ihrer Natur oder der ihnen gegebnen Beſtimmung nach nur ſo lange wirken, als ſie der Berechtigte wirklich beſitzt, und für die keinenfalls der Beweis genügt, daß der Berechtigte ſie einmal in Händen gehabt habe; z. B. Vollmachten.[15]) Eine weitere Ausnahme liegt in folgendem. So wie in der Aushändigung der Verpflichtungsurkunde an den Berechtigten die Eingehung des beurkundeten Rechtsgeſchäfts enthalten iſt, ſo vollzieht ſich thatſächlich deſſen Wiederauflöſung durch Rückgabe der Urkunde an den Verpflichteten.[16]) Steht die Rückgabe durch den Berechtigten feſt, ſo wird dieſer, falls er behauptet, ſie ſei zu einem andern Zwecke als in Anerkennung der Schulderledigung erfolgt,

14) Seuffert, Arch. Bd. 20 Nr. 117.

15) Es würde zu weit führen, auf die ſchwierige und verwickelte Lehre hier noch näher einzugehen.

16) Die Geſetze bezeichnen dieſe Wiederauflöſung als pactum de non petendo, l. 2 § 1 D. de pactis. Darunter iſt nicht eine Schenkung, ſondern eine Anerkennung der Schulderledigung, eine formloſe Quittierung zu verſtehen.

hierüber Beweis führen müssen.[17]) Auch wird man, richtiger Ansicht nach, dem Verpflichteten die Präsumtion nicht versagen dürfen, die dem Berechtigten kraft des Besitzes der Urkunde zu statten kommt; daß nämlich, falls er die Urkunde besitzt, diese als ihm zurückgegeben so lange gilt, als nicht der Berechtigte beweist, daß sie in andrer Weise wider seinen Willen dem Verpflichteten zu Händen gekommen.[18]) Selbstverständlich wird übrigens der Schuldner jederzeit die Identität des von ihm produzierten Scheines mit dem zuvor dem Gläubiger ausgestellten darthun müssen.

2. Wir erwähnten oben, daß die Namensunterschrift unter einer Urkunde die Aneignung des Inhalts derselben bedeute. Es entsteht aber die weitere Frage: ist diese Namensunterschrift auch dergestalt notwendig, daß ohne dieselbe die Urkunde nichts gilt? In dieser Beziehung dürfte vor allem die Sitte das Entscheidende sein. Als Regel wird man gewiß anzuerkennen haben, daß eine Vertragsurkunde im Bewußtsein der Beteiligten erst mit der Namensunterschrift sich vollendet. Ein Papier z. B., das zwar ein von der Hand des Schuldners geschriebnes Schuldbekenntnis, aber ohne dessen Unterschrift enthält, wird man nicht für einen wirksamen Schuldschein halten können, auch wenn es in der Hand des Gläubigers sich befände. Man wird jedoch auch Ausnahmen anzuerkennen haben. So kommt es namentlich vor, daß bei einer gestellten Rechnung der Namen des Rechnungsstellers nicht unter der Rechnung, sondern nur auf dem Titelblatt derselben oder vielleicht auch gar nicht sich eingezeichnet findet; und gleichwohl wird eine solche Rechnung, vom Rechnungssteller dem Rechnungsherrn übergeben, um nichts weniger für eine verpflichtende Urkunde zu halten sein. Ein Fall, wo Quittungen, von dem Kaufmann auf die von ihm übersandte

---

17) Seuffert, Arch. Bd. 19 Nr. 223.

18) Allerdings ist dies nicht unbestritten. Vgl. Seuffert, Bd. 1 Nr. 202.

Rechnung gesetzt, auch ohne besondre Namensunterschrift für wirksam erkannt wurden, findet sich mitgeteilt bei Seuffert, Archiv Bd. 23 Nr. 182. (Vgl. auch Bd. 27 Nr. 70.) Noch weniger aber wird man für Urkunden, die nicht eigentliche Geschäftsurkunden sind, gleichwohl aber in ihrer dispositiven Bedeutung in Betracht kommen, unbedingt auf der Namensunterschrift bestehen können. Sollte z. B. ein Brief, worin der Briefsteller dem Empfänger gegenüber eine dispositive Erklärung (z. B. einen Verzicht) abgiebt, nicht wirksam sein, wenn der Brief etwa nur unterzeichnet wäre:

„Dein treuer Bruder." —?[19])

3. Jede Urkunde über ein Rechtsgeschäft hat die Vermutung der Vollständigkeit für sich, d. h. die Vermutung, daß sie das Rechtsgeschäft so, wie es Rechte und Pflichten zwischen den Beteiligten begründen soll, vollständig enthält.[20]) Will ein Beteiligter geltend machen, daß dem nicht so sei, daß z. B. das beurkundete Versprechen nur unter einer mündlich vorbehaltnen Bedingung oder unter Vorbehalt einer Gegenleistung erteilt sei, so hat er hierüber Beweis zu führen.[21]) Die Regel, daß, wer einem behaupteten Rechtsgeschäft gegenüber die Hinzufügung einer Bedingung behaupte, damit das Rechtsgeschäft „leugne" und dem Gegner die Beweislast zuwälze, paßt nicht auf beurkundete Rechtsgeschäfte, wenn die Urkunde nichts von der Bedingung enthält.

Im Wege des Einredenbeweises gegen die Urkunde kann sogar geltend gemacht werden, daß nach Maßgabe der der Urkunde vorausgegangnen Beredungen die Urkunde nicht ein richtiger Ausdruck des von dem Beteiligten Gewollten sei. Wir besitzen hierfür eine Vorschrift schon im römischen Recht,

---

19) Vgl. auch Seuffert, Arch. Bd. 4 Nr. 172.

20) Seuffert, Arch. Bd. 9 Nr. 223.

21) Seuffert, Bd. 16 Nr. 255; Bd. 27 Nr. 269. Ungeschickt bezeichnet die Entscheidung Bd. 17 Nr. 162 diesen Beweis als einen „direkten Gegenbeweis." Es ist in der That ein Einredebeweis.

nämlich l. 36 de V. O: Si quis, quum aliter eum convenisset obligari, aliter per machinationem obligatus est, erit quidem subtilitate juris obstrictus, sed doli exceptione uti potest. Was hier in Beziehung auf die Formulierung der Stipulation gesagt wird, gilt in gleicher Weise für die Formulierung jeder Vertragsurkunde. Jedoch wird der Richter in Fällen dieser Art sorgfältig zu erwägen haben, ob wirklich die Urkunde einen unrichtigen Ausdruck des Gewollten enthält, oder ob nicht vielmehr durch die Formulierung der Urkunde das früher Besprochne aufgegeben oder geändert sei. Öfter wird man namentlich Grund haben, anzunehmen, daß frühere Besprechungen, die nicht in die Urkunde aufgenommen sind, nur die Bedeutung moralisch bindender Abreden haben sollten. Es bedarf daher in dieser Beziehung großer Vorsicht, wenn nicht die Sicherheit des Urkundenverkehrs dadurch gefährdet werden soll. [a]

Die Vermutung der Vollständigkeit der Urkunde wird auch nicht dadurch ausgeschlossen, daß das beurkundete Rechtsgeschäft seinem Inhalt nach ein hinter ihm liegendes Verhältnis mit Notwendigkeit voraussetzen läßt, wie dies z. B. bei dem oben (S. 175) gedachten bedingten Zahlungsversprechen, sowie überhaupt bei jeder cautio indiscreta der Fall ist. Vielmehr muß hier angenommen werden, daß die Beteiligten gerade das in der Urkunde Ausgedrückte als zur Rechtsverfolgung genügend haben gelten lassen und von dem dahinterliegenden Verhältnis haben absehen (abstrahieren) wollen. Will daher ein Beteiligter aus jenem hinter der Urkunde liegenden Verhältnis einen Einwand entnehmen, so muß er darüber Beweis führen.

Nur dann ist jene Vermutung ausgeschlossen, wenn der Inhalt der Urkunde selbst ausdrücklich auf etwas außerhalb

---

[a] Dieser Absatz ist hier neu hinzugefügt. Die Lehre ist aber bereits in der Schrift „Urteile des Reichsgerichts" Nr. XI von mir behandelt worden.

ihr Liegendes (sei es eine mündliche Verabredung, sei es eine andre Urkunde) als zu ihrer Ergänzung bestimmt Bezug nimmt. Dann bedarf es eben zur Ergänzung des Urkundenbeweises dieses ergänzenden Moments. Ohne diese Ergänzung bezeichnet man die Urkunde als ein referens sine relato.[22])

4. Soweit Dritte einen zwischen zwei andern Personen zustande gekommnen Rechtsakt gegen sich gelten zu lassen haben, „beweist" natürlich eine Urkunde, die diesen Rechtsakt enthält, auch gegen Dritte. Oftmals kommt es aber nicht bloß darauf an, das der Aussteller der Urkunde den betreffenden Rechtsakt überhaupt vorgenommen, sondern auch daß er ihn innerhalb einer bestimmten Zeit vorgenommen habe. Trägt nun auch die Urkunde das Datum dieser Zeit, so ist doch die Möglichkeit nicht zu verkennen, daß der Aussteller dieses Datum fingiert und erst zu einer spätern Zeit die Urkunde wirklich ausgestellt habe. Die Zeit des Rechtsaktes wird daher nicht schon, wie die Vornahme des Rechtsaktes an sich, durch den Augenschein bewiesen und bedarf deshalb, wenn es darauf ankommt, Dritten gegenüber besondern Beweises.

Dieser Grundsatz wird in voller Schärfe anzuwenden sein bei Rechtsakten, die ihrer Natur nach von vornherein die Bestimmung haben, Dritten gegenüber zu wirken. Wer sich ein dingliches Recht (z. B. ein Pfandrecht) vom Eigentümer an einer Sache bestellen läßt, thut dies gerade zu dem Zweck, um mittelst dieses Rechts Dritten entgegentreten zu können. Man wird daher mit vollem Grunde von ihm verlangen, daß er, wenn es darauf ankommt, die Zeit seines Rechtserwerbes beweist, wozu die urkundliche Erklärung des Eigentümers, deren Datum nicht festgestellt ist, nicht ausreicht.

Mißlicher wird die Durchführung jenes Grundsatzes in dem Verhältnis zwischen Cessionar und Schuldner (debitor cessus). Nach geschehener Cession kann der Schuldner dem

---

22) Vgl. Seuffert, Bd. 4 Nr. 153.

Cessionar gegenüber nur auf solche Einreden aus der Person des Cedenten sich berufen, die vor der Cession (oder der Kundgebung von solcher) entstanden sind. Gesetzt nun, der Schuldner produziert dem Cessionar gegenüber eine Quittung über Zahlung der Schuld, ausgestellt vom Cedenten mit einem der Cession vorgehenden Datum, dann könnte allerdings nach jenem Grundsatz der Cessionar sagen: „Diese Quittung muß ich nur dann gegen mich gelten lassen, wenn sie wirklich vor der Cession von dem Cedenten ausgestellt ist; das wird aber durch die Datierung der Quittung nicht erwiesen, und das Datum bedarf daher noch besondern Beweises." Es läßt sich aber nicht verkennen, daß, wenn man diese Argumentation zuläßt, der Schuldner durch die Cession in eine weit ungünstigere Lage kommt. Träte der ursprüngliche Gläubiger (Cedent) klagend gegen ihn auf, so würde dieser durch die von ihm ausgestellte Quittung zurückgeschlagen werden, ohne daß es auf das Datum derselben ankäme. Soll nun dadurch, daß cediert worden ist, der Schuldner genötigt sein, zur Begründung seiner Einrede einen weit schwierigern Beweis zu erbringen? Können auch alle Forderungsrechte cediert werden, so sind doch Forderungsrechte im allgemeinen nicht dazu bestimmt, als Gegenstände des Verkehrs zu gelten; und niemand denkt deshalb daran, wenn er sich den Beweis der Tilgung der Forderung seinem Gläubiger gegenüber sichert, auch noch mit Rücksicht auf die Möglichkeit einer Cession über die Zeit der Tilgung sich Beweise zu bewahren. Das sind Bedenken, die es mindestens zweifelhaft erscheinen lassen, ob nicht in dem Verhältnis zwischen Schuldner und Cessionar es gerechtfertigt sei, die urkundlichen Erklärungen des Cedenten auch bezüglich des Datums so lange gelten zu lassen, als nicht der Cessionar eine falsche Datierung beweist.[23])

---

23) Eine Entscheidung des O.-A.-G. zu Rostock (Seuffert, Bd. 13 Nr. 193) nimmt freilich das Gegenteil an.

§ 7

Wenden wir uns nun zu den Urkunden, die ihrem Inhalt nach nicht als juristische Thatsache, sondern als Beweismittel in Betracht kommen.

Hier tritt uns der wesentliche Unterschied zwischen öffentlichen und Privaturkunden entgegen.

Eine Urkunde, die ein öffentlicher Beamter oder eine öffentliche Behörde innerhalb ihrer Zuständigkeit und in der für solche Urkunden vorgeschriebnen Form über eine Thatsache ihrer amtlichen Wahrnehmung ausstellt, gilt als vollbeweisendes Zeugnis für diese Thatsache. Diese amtliche Wahrnehmung kann eine eigne Thätigkeit des Beamten (z. B. bei Protestaufnahmen) oder auch die Thätigkeit einer andern Person (z. B. eine vor dem Beamten abgegebne Erklärung) oder auch einen rein objektiv vorgefundnen Thatbestand zum Gegenstande haben.

Auf der Kraft dieses Zeugnisses beruht die Kraft beglaubigter Urkunden, d. h. solcher Urkunden, deren Ausstellung durch eine bestimmte Person, oder deren Übereinstimmung mit einer andern ihm in beweisender Form vorgelegten Urkunde ein öffentlicher Beamter beurkundet hat.

Was insbesondre solche von öffentlichen Urkunden genommene beglaubigte Abschriften betrifft, so gilt im allgemeinen die Regel, daß sie dem Original gleichstehen. Da aber doch immer die Frage, ob das dem beglaubigenden Beamten vorgelegte Original alle Kennzeichen der Echtheit an sich gehabt, mehr oder weniger auf einem Urteil beruht, so empfiehlt es sich legislatorisch, dem Gerichte das Recht einzuräumen, wenigstens alsdann, wenn der Produzent zur Vorlage des Originals ohne Schwierigkeiten imstande ist, auf dieser Vorlage zu bestehen.

Rücksichtlich der Frage, ob gegen das urkundliche Zeugnis eines öffentlichen Beamten Gegenbeweis zulässig, hat man in der Regel angenommen, daß nur ein überwiegender (mehr

als gewöhnlicher) Beweis jenes Zeugnis widerlegen könne. Ohne diesen Grundsatz würde das so wichtige Beweismittel der öffentlichen Urkunde ernstlich gefährdet sein.

Eine wesentlich beschränkte beweisende Kraft kommt dem Inhalt von Privaturkunden zu. Dieselbe reicht nicht weiter als deren materielle Glaubwürdigkeit, d. h. das Maß von Wahrscheinlichkeit, in dem aus dem Inhalt der Urkunde auf eine bestimmte außerhalb derselben liegende Thatsache geschlossen werden kann.

Dieses Maß wird sich verschieden stellen, je nach dem Inhalt der in der Urkunde niedergelegten Erklärung.

Hat diese Erklärung etwas für den Schreibenden selbst Ungünstiges zum Gegenstande, von dem man annehmen kann, daß es der Schreibende nicht gegen sich würde bezeugt haben, wenn es nicht wahr wäre, so gewinnt dadurch die Erklärung in sich selbst Glaubwürdigkeit. Auch in diesem Falle redet man von einem „Geständnis," dem man beweisende Kraft beimißt. Aber es muß dieses aus einer Urkunde sich ergebende lediglich beweisende Geständnis streng unterschieden werden von dem in den oben erwähnten Urkunden (S. 176) enthaltenen verpflichtenden Geständnis. Der Gegensatz zwischen beiden stellt sich entschieden genug.

1. Während die verpflichtende Urkunde, um als solche zu wirken, der Annahme des andern Teils (mittelst Aushändigung) bedarf, ist die Beweiskraft einer Urkunde von einer solchen Annahme nicht unbedingt abhängig. Ein Schuldschein, den der Aussteller in der Tasche behält oder einem Dritten zur Prüfung übergiebt, ist eben gar kein Schuldschein; er wird es erst mit der Aushändigung an den Gläubiger. Dagegen kann die Einzeichnung einer Schuld in das eigne Geschäftsbuch oder die Erwähnung dieser in einem Briefe an einen Dritten Beweis liefern, auch wenn der Gläubiger nur zufällig in die Lage gekommen ist, diese Urkunden produzieren zu können.

2. Eine verpflichtende Urkunde kann nur eine handlungs-

fähige Perſon ausſtellen. Beweiſende Kraft kann auch die Urkunde eines Handlungsunfähigen haben.

3. Eine verpflichtende Urkunde wird man in der Regel nur für wirkſam halten, wenn ſie die Unterſchrift des Disponenten trägt (S. 181). Für eine beweiſende Urkunde iſt dieſe nicht notwendig. Es kommt alles auf die Umſtände an.

4. Die verpflichtende Urkunde hat die völlig beſtimmte Natur der juriſtiſchen Thatſache. An ihrer Wirkſamkeit läßt ſich nichts nach freiem Ermeſſen ab- und zuthun; und ſie iſt nur nach beſtimmten Regeln anfechtbar. Die Beweiskraft einer Urkunde dagegen iſt ſtets Frage des konkreten Falles. Sie kann ſchwanken zwiſchen vollem und gar keinem Beweis. Bei ihrer Würdigung herrſcht ſchon jetzt vollkommen das Prinzip „freier Überzeugung.“ Und ſie wird entkräftet durch jeden Beweis, der ihren Inhalt materiell unglaubwürdig macht.

5. Nur auf verpflichtende, nicht auf bloß beweiſende Privaturkunden kann ein im Exekutivprozeß (Urkundenprozeß) erhobner Anſpruch gegründet werden.[24])

6. Was den Gegenbeweis, insbeſondre mittelſt Eideszuſchiebung, betrifft, ſo liegt es auf der Hand, daß, wo die Urkunde einen Rechtsakt enthält, nicht gegenbeweislich der Eid darüber zugeſchoben werden kann, daß dieſer Rechtsakt nicht exiſtiere. Denn damit würde der Eid über das Gegenteil einer durch richterlichen Augenſchein feſtſtehenden Thatſache zugeſchoben ſein. Daher kann auch einer Verpflichtungsurkunde gegenüber niemals von einer Gegenbeweisführung die Rede ſein. Denn in dieſer iſt ja das eigentlich Durchſchlagende der Verpflichtungsakt, deſſen Exiſtenz (mindeſtens ſeiner äußern Erſcheinung nach) nicht mittelſt Eideszuſchiebung widerlegt werden kann, da er ja durch den Augenſchein ſich ergiebt. Anders bei Urkunden, die lediglich beweiſende Kraft

24) Vgl. Seuffert, Bd. 17 Nr. 175.

haben. Auch bei dieſen kann allerdings die materielle Glaubwürdigkeit eine ſo durchgreifende ſein, daß man zur Beſeitigung ihres Ergebniſſes Eideszuſchiebung nicht zulaſſen wird. Es kann aber auch die Glaubwürdigkeit der Urkunde nur bis zu einer einfachen Vermutung ausreichen; und dann liegt kein Grund vor, den Beweis des Gegenteils durch Eideszuſchiebung auszuſchließen. — Legt man Darlehensſcheinen für die Auszahlung des Geldes einfache Beweiskraft bei, ſo kann dieſe der Natur der Sache immer nur die Bedeutung einer einfachen Vermutung für die Auszahlung haben, und es kann nicht gerechtfertigt erſcheinen, den Beweis der Nichtsauszahlung durch Eideszuſchiebung auszuſchließen.

Daß übrigens auch bei Verpflichtungsurkunden die beweiſende Kraft des in ihnen enthaltenen Geſtändniſſes hilfsweiſe (wenn nämlich die Verpflichtungskraft aus irgend einem Grunde verſagt) in Betracht kommen kann, iſt bereits oben (S. 176) bemerkt.

Privaturkunden, deren Inhalt etwas bezeugt, was nicht die Bedeutung eines den Schreibenden belaſtenden Geſtändniſſes hat, wird in der Regel keine Beweiskraft beizumeſſen ſein. Iſt der Schreibende ein Dritter, ſo würde ſeine ſchriftliche Erklärung nur als unbeſchwornes Zeugnis ſich darſtellen, und die Annahme ihrer Beweiskraft würde ſich mit den Formen, in denen Zeugenbeweis erhoben werden ſoll, in Widerſpruch ſetzen. Iſt der Schreibende die Prozeßpartei ſelbſt, die in der Urkunde etwas zu ihren Gunſten bezeugt, ſo kann dieſelbe noch weniger Anſpruch darauf machen, daß dem geglaubt werde. Indeſſen kann doch unter Umſtänden auch das von der Partei ſelbſt zu ihren Gunſten Aufgezeichnete eine mehr oder minder große innere Glaubwürdigkeit beſitzen. Auf dieſer Annahme beruht insbeſondre die Beweiskraft, die Handelsbüchern der Kaufleute beigelegt wird. Auch andre Urkunden der gedachten Art können unter Umſtänden etwas ſehr Überzeugendes haben. So z. B. der Brief

eines Verstorbnen, der einer Thatsache erwähnt zu einer Zeit, wo dieselbe noch überall nicht streitig war. Auch hier muß daher dem richterlichen Ermessen einiger freier Spielraum bleiben; und am wenigsten wird eine Gesetzgebung, die sich prinzipiell auf den Standpunkt „freier Beweiswürdigung" stellt, von vornherein Urkunden dieser Art jede Beweiskraft absprechen wollen.

[In meinem „Gegenentwurf zum bürgerlichen Gesetzbuch" ist die Lehre durch die §§ 87—93 geordnet. Auch die §§ 284—286 und 722, 723 gehören dahin.]

Wohnsitzrecht und Heimatrecht

[Die Grundlage dieses Aufsatzes bildet der von mir im Jahre 1883 unter gleichem Titel veröffentlichte Aufsatz in Bd. 21 der Jahrbücher für Dogmatik u. s. w. Kurze Zeit darnach habe ich dann noch über den nämlichen Gegenstand ein Gutachten erstattet, das sich in den Verhandlungen des Juristentages von 1886 Bd. 1 findet. Es schien mir zweckmäßig, hier beide Aufsätze zu verbinden. Aus dem ersten Aufsatze ist eine rechtsgeschichtliche Ausführung (über das römische jus originis etc.) weggeblieben. Dagegen ist die mehr praktische Entwicklung der Lehre in ihren Einzelheiten aus dem zweiten Aufsatz herübergenommen.]

§ 1

Vielleicht werden manche, wenn sie die Überschrift lesen, die Frage aufwerfen: giebt es denn auf privatrechtlichem Gebiet ein Recht der Heimat, das neben dem Rechte des Wohnsitzes von Bedeutung wäre? — Allerdings ist die ganze Lehre in hohem Maße verdunkelt und verwirrt, teils durch politische, teils durch litterarische Vorgänge. In der That aber muß dem Gegensatze von Wohnsitz- und Heimatrecht eine weit größere Bedeutung beigemessen werden, als gewöhnlich geschieht.

Die Geschichte der Lehre ist kurz folgende. Im Laufe der ersten Hälfte dieses Jahrhunderts hat in den deutschen Staaten, und zwar wohl in allen mit Ausnahme Preußens, ein festes Heimatrecht sich entwickelt, das in dem doppelten Begriff der Staatsangehörigkeit und der Gemeindeangehörigkeit, beide unabhängig vom Wohnsitz, auslief. Diese Entwicklung konnte auch auf die privatrechtlichen Verhältnisse nicht ohne Einfluß bleiben. Nur in Preußen war

die Sachlage anders. Dort hat sich der Begriff der Staatsangehörigkeit erst spät, der Begriff der Gemeindeangehörigkeit in dem Sinne der übrigen deutschen Länder gar nicht entwickelt. Die Gesetzgebung von 1842, die das Prinzip der Freizügigkeit zur Grundlage nahm, trat dieser Entwicklung entgegen.

Angesichts dieser preußischen Verhältnisse schrieb aber Savigny den 8. Band seines „Systems." Er lehrte darin, daß der Zustand, auf den das römische jus originis sich gegründet habe, „in Deutschland" nicht mehr bestehe. Er hätte sagen sollen „in Preußen." Denn in dem übrigen Deutschland bestand in Wahrheit ein solcher Zustand. Davon hatte er aber keine Ahnung; wie sich dies namentlich daraus ergiebt, daß er den Bestand eines solchen Heimatrechts in der Schweiz als eine Merkwürdigkeit erwähnt. Natürlich hatte die Lehre Savignys auf die Anschauung der Juristen den größten Einfluß, auch in solchen Ländern, die in der That ein vollständig entwickeltes Heimatrecht hatten, dessen Bedeutung aber nicht genügend gewürdigt wurde.

Durch die Gesetzgebung des norddeutschen Bundes und des deutschen Reichs sind die preußischen Grundsätze auf ganz Deutschland — mit Ausnahme Bayerns — ausgedehnt. Dadurch ist auch für die übrigen deutschen Länder die Bedeutung des Heimatrechts im Innern der Staaten so gut wie zerstört worden. Auch in dem Verhältnis der deutschen Staaten unter einander ist dessen Bedeutung vielfach abgeschwächt, aber doch nicht vernichtet. Ungeschwächt besteht sie fort in dem Verhältnis zu dem außerdeutschen Auslande.

Diese geschichtliche Entwicklung ist der wissenschaftlichen Klarheit der Lehre nicht förderlich gewesen. Die Unklarheit hat vielfach auch auf die Gesetzgebung Einfluß geübt und in dieser ihre Spuren zurückgelassen. Sie erschwert begreiflicherweise auch eine wissenschaftliche Darstellung, wie sie hier versucht werden soll, in hohem Maße.

Um möglichst Verwirrung zu vermeiden, wird die nach-

folgende Darstellung zunächst den Zustand eines voll entwickelten Heimatrechts zur Grundlage nehmen; ein Zustand, wie er bis zum Jahre 1870 in deutschen Ländern, mit Ausnahme der altpreußischen, bestand, jetzt aber nur noch in Bayern besteht. Dann wollen wir versuchen, die Änderungen darzustellen, die an diesem Zustand durch die deutsche Reichsgesetzgebung hervorgerufen sind.

§ 2

Savigny (System Bd. 8 S. 37 f.), und mit ihm die große Mehrzahl unsrer Rechtslehrer, stellt eine Lehre auf, die sich in folgenden Sätzen zusammenfassen läßt:

1. Wohnsitz (Domizil) ist der Ort, in dem jemand, in der Regel kraft freier Wahl, seinen bleibenden Aufenthalt genommen und den er dadurch zum Mittelpunkt seiner Rechtsverhältnisse und Geschäfte gemacht hat.

2. Der so bestimmte Wohnsitz ist entscheidend nicht allein für den regelmäßigen ordentlichen Gerichtsstand, sondern auch für das auf die Verhältnisse des Einzelnen anzuwendende örtliche Recht.

3. Neben dem Wohnsitz kommt die Heimat (origo) eines Menschen in beiden hier hervorgehobnen Richtungen nur insofern in Betracht, als, wenn sich kein anderweites Domizil nachweisen läßt, der Ort seiner Herkunft (das Domizil seines Vaters) für jene Verhältnisse maßgebend wird. Im übrigen hat für uns das römische forum originis keine Bedeutung mehr.

Diesen Sätzen möchte ich folgende andre gegenüberstellen:

1. Neben dem Begriff des Domizils, als des durch freie Wahl bestimmten bleibenden Aufenthaltsorts, hat sich noch ein andrer Begriff von Domizil entwickelt, der, unabhängig von dem Aufenthalte und nicht in gleichem Maße der freien Wahl des Individuums unterliegend, in der persönlichen Zugehörigkeit zu einem bestimmten örtlichen Verband — Staat und Gemeinde — besteht. Man kann dieses

Domizil, da es vorzugsweise öffentlich-rechtliche Bedeutung hat, das publizistische, jenes nach seiner vorwiegenden Bedeutung für das Privatrecht das privatrechtliche nennen.

2. Dieses publizistische Domizil greift aber auch in das Privatrecht dergestalt ein, daß es für eine Anzahl Rechtsverhältnisse als ausschließlich maßgebend anerkannt werden muß.

3. Das publizistische Domizil oder Heimatrecht findet ein naheſtehendes Analogon in der origo des römischen Rechts, wenn auch einige Unterschiede nicht zu verkennen sind.

Dieser letzte Satz hat natürlich nur einen doktrinellen Wert. Es kann aber für die wissenschaftliche Erkenntnis der Sätze 1 und 2 nur fördernd wirken, wenn wir im römischen Recht ein durchaus ähnliches Verhältnis finden. Auch ohne diesen Anknüpfungspunkt müßten wir jedoch kraft der heutigen staatsrechtlichen Anschauungen zu den nämlichen Ergebnissen gelangen.

§ 3

Versuchen wir zunächst den staatsrechtlichen Standpunkt zu gewinnen, bei dem der oben gedachte Gegensatz zwischen privatrechtlichem und publizistischem Domizil völlig verschwindet.

Der Staat ist an sich ein Reich der Personen. Aber er beherrscht zugleich (ebenso wie die Gemeinde) ein bestimmtes geographisches Gebiet, das er mit gleichsam dinglicher Kraft erfaßt. Grundgedanke dieser Doppelherrschaft ist der, daß beide zusammenfallen; daß das beherrschte geographische Gebiet zugleich den Raum bildet, innerhalb dessen sich die beherrschten Personen bewegen. Und wirklich übt der Staat bis zu einem gewissen Maße seine Herrschaft aus über alle, die innerhalb seines Gebiets sich vorfinden. Allein er kann dieses Maß der Herrschaft nicht bis zum äußersten ausdehnen ohne Rücksicht darauf, ob der, der in seinem Gebiete verweilt, diesem dauernd angehört oder nicht. Wie er für seine eignen Angehörigen, die nur vorübergehend in einem fremden Staatsgebiet sich aufhalten, in Anspruch nimmt, daß daselbst ihre noch fortdauernde ideale Verbindung mit ihrer

Heimat beachtet werde, so muß er ein Gleiches auch den Angehörigen eines fremden Staates gewähren. So bildet sich also für das Maß der Herrschaft, womit der Staat die in seinem Gebiete sich vorfindenden Personen erfaßt, ein Unterschied, je nachdem diese Personen ihm dauernd oder nur vorübergehend angehören. Was der Staat bezüglich der letzterwähnten Personen an Herrschaft einbüßt, das gleicht sich für ihn wieder dadurch aus, daß er in gleichem Maße seine Herrschaft über die ausdehnt, die außerhalb seines Gebietes sich aufhalten, aber gleichwohl die dauernde Verbindung mit ihm nicht gelöst haben.

Wodurch wird nun in dem hier fraglichen Sinne der Begriff der „dauernden Verbindung" im Gegensatz zu dem „vorübergehenden Aufenthalt" begründet? — Es ließe sich denken, daß der Staat in dieser Beziehung das Prinzip befolge, jenen Begriff lediglich durch den Willen des Individuums bestimmen zu lassen, indem der von diesem gewählte bleibende Aufenthaltsort jederzeit die Verbindung knüpfe und löse, die ihn an den Staat fesselt. Es wäre dies das Prinzip der absoluten Freizügigkeit. Sobald jemand aus seinem Heimatslande bleibend hinwegzöge, würde er aufhören, dessen Angehöriger zu sein; sobald er in einem andern Lande sich niederließe, würde er diesem nun auch gänzlich angehören. Wo ein solches Verhältnis bestände, würde ein Gegensatz von privatrechtlichem und publizistischem Domizil nicht vorhanden sein; beide würden sich decken.

Man darf annehmen, daß in vergangnen Jahrhunderten wohl in allen Ländern, namentlich auch innerhalb der bunten und verworrenen Menge von Territorien, die weiland das deutsche Reich bildeten, solche Verhältnisse, mindestens thatsächlich, bestanden haben. Für eine Abgrenzung des Begriffs eines publizistischen Domizils, abweichend von dem jeweilig gewählten Wohnsitz, fehlten sowohl die Mittel als die Interessen. Die Mittel fehlten, weil eine solche Abgrenzung nur mittelst wohlorganisierter polizeilicher Einrichtungen sich

aufrechthalten läßt. Die Interessen fehlten, weil einesteils bei der Dürftigkeit früherer Verkehrsmittel die große Mehrzahl der Menschen an der Scholle klebte; andernteils der ganze Staatsbegriff noch unentwickelt war, und namentlich Pflichten und Rechte des Staates seinen Angehörigen gegenüber nur in weit beschränkterm Maße anerkannt wurden; beides aber dahin wirkte, daß jener Gegensatz weit seltner durch praktische Erscheinungen in Frage trat. Dazu kam noch, daß in der Lehre, bei der vorzugsweise die Domizilfrage erörtert zu werden pflegt, nämlich in der Lehre von dem persönlichen Gerichtsstand, das privatrechtliche Domizil im allgemeinen als maßgebend anerkannt werden muß, sodaß hier die Erörterung des letztern Begriffs ausreichend erschien. Dies alles mußte dahin wirken, daß jene gegensätzlichen Begriffe, selbst da, wo für ihre Lostrennung aus einander bereits eine genügend rechtliche Grundlage gegeben war, in den Anschauungen der Rechtswissenschaft vielfach vermischt blieben. Und diese Verwirrung der Begriffe, die durch die neuere Freizügigkeitsgesetzgebung eine neue Förderung gewann, bildet bis auf den heutigen Tag den vorherrschenden Charakter der über diesen Gegenstand waltenden Lehre.

§ 4

Der Ausgangspunkt für die Auseinanderlösung jener Begriffe liegt in der Entwicklung unsrer staatlichen Verhältnisse. Die Rechte und Pflichten des Staates seinen Angehörigen gegenüber haben sich vermehrt und bestimmtere Gestalt angenommen. Zugleich sind die Menschen beweglicher geworden. Dadurch mußte öfter und dringender die Frage auftreten: wer ist denn eigentlich „Angehöriger des Staates"? Es mußte das Bedürfnis entstehen, formell, für die Beantwortung dieser Frage festere Regeln zu gewinnen, materiell, sie aus dem Bereich des bloßen Beliebens des Einzelnen loszulösen.

Man sollte denken, daß wohl zuerst das umfassendste Recht, das der Staat seinen Unterthanen gegenüber ausübt,

das Recht der Besteuerung, zu einer festen Abgrenzung des Staatsangehörigkeitsbegriffs habe führen müssen. Gleichwohl ist dem nicht so. Die älteste und wichtigste Besteuerung, die des Grundeigentums, knüpft sich nicht an die persönliche, sondern an die dingliche Herrschaft, die der Staat übt, und findet in dem abgeschlossenen Staatsgebiet ihre feste Begrenzung. Auch andre Besteuerungen (z. B. Gewerbesteuern) knüpfen sich an Gegenstände oder Thätigkeiten innerhalb des Staatsgebiets. Nur bei den verhältnismäßig später entstandnen Steuern, die sich an die Person knüpfen, konnte die Frage entstehen, ob nicht eine anderweite Begrenzung der der Steuer unterworfnen Personen, als die durch den Wohnsitz gegebne, berechtigt sei.

Noch dringlicher wurde diese Frage durch eine andre Pflicht, die der moderne Staat von seinen Unterthanen in Anspruch nahm, die Militärpflicht. Bei der tief eingreifenden Bedeutung dieser Pflicht für den Staat wie für das Individuum mußte es von größter Wichtigkeit werden, das Bereich der Personen, die ihr unterliegen, fest abzugrenzen und gegen willkürliche Entziehungen sicher zu stellen.

Auf ein gleiches Ziel mußte eine im neuern Staatsrechte ziemlich allgemein anerkannte Pflicht des Staats hinführen, die Pflicht, seinen Angehörigen innerhalb seines Gebiets eine Existenz und im Notfalle eine Subsistenz zu gewähren; eine Pflicht, die in gleichem Maße mit der Zunahme der Bevölkerung und eines an der Grenze der Notdurft sich bewegenden Proletariats heranwuchs. Während jene Rechte des Staats seinen Unterthanen gegenüber zu einer festen Begrenzung des Staatsangehörigkeitsbegriffs aus dem Gesichtspunkt führen mußten, daß es dem Staate nicht gleichgiltig sein konnte, wenn Unterthanen ihren Pflichten durch Verlegung ihres Wohnsitzes sich willkürlich entzogen, galt es hier seinem Interesse, daß nicht Fremde willkürlich sich ihm aufdrängten und mit ihrer Person und ihren Ansprüchen ihm lästig fielen. Das Mittel, sich dessen zu erwehren, lag darin,

daß jeder Staat das Recht in Anſpruch nahm, Fremde aus ſeinem Gebiet in ihre Heimat zu verweiſen. Außer der Verarmung konnten auch andre (politiſche) Gründe ihn veranlaſſen, ſich dieſes Rechts zu bedienen.

Dies waren im weſentlichen die Grundlagen, auf denen ſich der Begriff der Staatsangehörigkeit in den Ländern ausbildete. Man ging im allgemeinen davon aus, daß es Pflicht des Individuums ſei, im Staate zu leben; daß daher jeder irgend einem Staate angehören müſſe. Erworben wurde die Staatsangehörigkeit zunächſt durch die Geburt als Kind eines Staatsangehörigen; für Frauen durch Verheiratung; außerdem durch Aufnahme, die in gewiſſen Fällen (namentlich durch Anſtellung in einem öffentlichen Dienſt) auch als ſtillſchweigend erteilt angenommen wurde. Das Korrelat zu der Aufnahme bildete die Entlaſſung aus dem Unterthanenverbande, die jedoch nur ausnahmsweiſe (z. B. wegen begründeter Militärpflicht) verweigert werden konnte. Die Entlaſſung galt als bedingt durch die wirkliche Auswanderung, da, ſo lange der Entlaſſene nicht anderwärts aufgenommen war, er von jedem andern Staate wieder in die Heimat zurückgewieſen werden konnte, und dieſe deswegen durch die Entlaſſung nicht der Verpflichtung, ihn als Angehörigen anzuerkennen, entledigt war. Aus gleichem Grunde mußte auch die in frühern Zeiten übliche Strafe der Landesverweiſung aus den Geſetzen verſchwinden. Dieſe war durch den entwickelten Staatsangehörigkeitsbegriff völkerrechtlich, folgeweiſe aber auch ſtaatsrechtlich unmöglich geworden. Denn wenn ein Staat für ſich ſelbſt das Recht in Anſpruch nahm, Fremde aus dem eignen Gebiete auszuweiſen, ſo mußte er gleiches Recht auch allen fremden Staaten zuerkennen. Und wenn man einen Staatsangehörigen nicht einem fremden Lande zuweiſen konnte, ſo konnte man ihn auch nicht aus dem eignen Lande ausweiſen. Noch beſonders gefördert wurde die Feſtſtellung des Begriffs der Staatsangehörigkeit in den deutſchen Ländern durch den ſogenannten Gothaer Vertrag vom

15. Juli 1851, durch den die beteiligten Staaten sich über Grundsätze einigten, nach denen sie Personen, deren Heimat zweifelhaft war, einander zuweisen durften.

Neben dem Begriff der Staatsangehörigkeit hatte in der großen Mehrzahl der deutschen Staaten in gleicher Weise der Begriff der Gemeindeangehörigkeit sich entwickelt. Für die Gemeinde, die, ganz wie der Staat, gleichzeitig eine persönliche und eine dingliche Herrschaft (letztere über die Gemeindemark) ausübt, bestand nicht minder das Bedürfnis, das von ihr beherrschte bewegliche Reich der Personen genau zu begrenzen. Dies um so mehr, als eine der wichtigsten öffentlich-rechtlichen Pflichten, die der Armenversorgung, fast überall nicht vom Staate selbst übernommen, sondern den Gemeinden zugewiesen oder belassen war. An diese Pflicht vor allem knüpfte sich das Interesse der Gemeinde, genau festzustellen, wer ihr angehörte, wer nicht. So bildete sich, und zwar mehr oder weniger unabhängig von dem zeitigen Wohnsitz des Individuums, der Begriff der Gemeindeangehörigkeit, analog der Staatsangehörigkeit, aus. Namentlich traten für den Erwerb und Verlust derselben analoge Grundsätze ein. Auch für den Staat war dies insofern von Interesse, als dadurch erst die Staatsangehörigkeit ihre nähere Bestimmung und feste Gliederung erhielt. Nicht in dem Staate im allgemeinen, sondern speziell innerhalb der bestimmten Gemeinde, der er angehörte, hatte der Einzelne seine Heimat, der er mit Rechten und Pflichten verbunden war. Daher enthielten Landesgesetze die Vorschrift, daß jeder Staatsangehörige zugleich einer Gemeinde angehören, und daß die Aufnahme in den Staatsverband stets mit der Aufnahme in eine Gemeinde Hand in Hand gehen müsse.

So erwuchsen Staatsangehörigkeit und Gemeindeangehörigkeit zu festen, von dem willkürlich gewählten Wohnsitze unabhängigen Rechtsverbänden. Auf dieser Grundlage konnte es geschehen, daß Personen unter Abbruch aller thatsächlichen Beziehungen zu ihrem Heimatsorte an einem andern Orte

ihre Wohnung aufschlugen und dort zehn, zwanzig und längere Jahre als Pachter, Verwalter, Arbeiter, Rentiers u. s. w. lebten, somit alle Bedingungen erfüllten, an die das römische Recht den Begriff des Domizils knüpft, gleichwohl aber den Rechtsverband mit ihrer Heimat aufrecht erhielten. Dieses Rechtsverhältnis hatte die Folge, daß zwar, soweit nicht das Recht der Freizügigkeit, d. h. der beliebigen Wahl des Wohnorts positiv in der Gesetzgebung Anerkennung gefunden hatte, ein jeder polizeilich in seinen Heimatsort zurückverwiesen werden konnte; daß aber auch andrerseits das Recht, in der Heimat zu weilen, für ein dergestalt unantastbares Menschenrecht gehalten wurde, daß keine Macht der Erde hätte wagen dürfen, in dieses einzugreifen. Insofern nun als der durch diesen Rechtsverband bestimmte Heimatsort einem jeden stets als letzte Zufluchtsstätte verblieb, wo er seinen Wohnsitz zu nehmen berechtigt und unter Umständen auch verpflichtet war, bildete dieser Heimatsort einen höher potenzierten Wohnsitz, dem gegenüber der willkürlich gewählte, wenn auch noch so lange fortgesetzte Aufenthalt — das Domizil im römischrechtlichen Sinne — in gleicher Weise als etwas Vorübergehendes sich darstellte, wie vom Standpunkte dieses letztern Domizils aus ein nur auf kurze Zeit berechneter auswärtiger Aufenthalt.[1]) Auch der, der an einem Orte, wo er nicht staats- und gemeindeangehörig ist, seinen bleibenden Aufenthalt nimmt, bleibt an diesem Orte, vom Standpunkt des Heimatrechts betrachtet, ein Fremder, da sein Wohnrecht an diesem Orte nur ein prekäres ist.

§ 5

An den so entwickelten Begriff des publizistischen Domizils

1) Aus dieser Auffassung der Heimatsberechtigung als eines höhern Domizils erklärt es sich auch, wenn ältere Schriftsteller von einem domicilium originis reden; ein Ausdruck, den Savigny (a. a. O. S. 105) vom römisch-rechtlichen Standpunkt als „widersinnig" bezeichnet, der aber in der Natur des Verhältnisses seine rechtfertigende Grundlage findet.

mußte sich nun mit einer gewissen innern Notwendigkeit noch eine Menge andrer Rechtsverhältnisse anknüpfen.

Zunächst die höhern publizistischen Rechte. Staats- und Ortsbürgerrecht setzen Staats- und Gemeindeangehörigkeit voraus, bilden gewissermaßen eine höhere Potenz derselben. Die aus ihnen hervorgehenden Rechte sind an sich vom privatrechtlichen Domizil unabhängig; wenn auch vielleicht die Ausübung dieser von dem gleichzeitigen Wohnen am Orte abhängig gemacht sein kann. So z. B. steht nichts im Wege, daß ein Staatsangehöriger, der im Auslande seinen Wohnsitz genommen, ohne aus dem Unterthanenverbande seines Landes geschieden zu sein, in diesem zur Volksvertretung gewählt werde.

Ein zweites Rechtsgebiet, auf dem das publizistische Domizil einen Einfluß übt, bildet das Strafrecht. Der Staat straft Verbrechen und Vergehen einmal, soweit sie innerhalb seines Gebiets begangen sind, ohne Rücksicht auf die Person des Thäters. Er straft aber auch im Auslande begangne Verbrechen und Vergehen, wenn der Thäter ihm angehört. Fragen wir nun aber, wer dergestalt Angehöriger des Staates sei, daß ihn auch für ein auswärts begangnes Verbrechen der inländische Staat nach seinen Gesetzen zu strafen berufen sei, so können wir darauf nach der Natur des Strafrechts als eines Teils des öffentlichen Rechts nur antworten: er muß dem Staate kraft des Unterthanenverbandes, nicht bloß kraft des Wohnsitzes angehören. Nur die Staatsangehörigkeit stellt jenes persönliche Band her, kraft dessen der Staat verlangen kann, daß auch außerhalb seines Gebiets seine Strafgesetze respektiert werden; während das bloße Wohnen im Staate nur verpflichtet, innerhalb dieses Staates die Strafgesetze zu wahren.

Endlich giebt es auch eine Reihe von Rechtsverhältnissen, die in das Privatrecht einschlagen, bei denen aber gleichwohl das Domizil, dessen örtliches Recht für sie als maßgebend erkannt wird, nur das publizistische Domizil, nicht das privat-

rechtliche sein kann. Es sind das die Verhältnisse, bei denen das Recht unmittelbar aus einer die Personen erfassenden gesetzlichen Regel hervorgeht, und zwar aus einer solchen Regel, die der Veränderung durch Privatwillkür entzogen ist. Hier ragt das jus publicum in das Privatrecht hinein, und es gilt der Satz: jus publicum pactis privatorum mutari non potest.

Auf diese Rechtsverhältnisse, die dem Personen- und Familienrechte angehören, werden wir im einzelnen später noch näher eingehen.

§ 6

Savigny hätte wohl zu einem andern Ergebnis gelangen können, wenn nicht ein eigentümliches Mißgeschick ihn in dieser Lehre befangen gemacht hätte.

Schon im römischen Rechte begegnen wir vollkommen entwickelten Rechtsbildungen, die die Personen einem verschiedenartigen Rechte unterwerfen. Es ist dies einmal der Gegensatz von dem Rechte der cives und der peregrini und sodann der Gegensatz zwischen dem jus domicilii und dem jus originis. Namentlich hatte der letztere Gegensatz die größte Ähnlichkeit mit dem heutigen Gegensatz von Wohnsitzrecht und Heimatrecht. Auch ist Savigny jener Gegensatz nicht entgangen. Er erörtert das jus originis. Er kommt aber zu dem Ergebnisse, daß es so gut wie untergegangen sei. Denn dieses jus originis habe zur Grundlage gehabt, daß über den ganzen römischen Boden ein Netz von Gemeinden verbreitet gewesen sei, die für den Einzelnen das Verhältnis zum Staate vermittelt und ihn als Ortsbürger mannigfaltigen und dauernden Verpflichtungen unterworfen habe. Diese ganze Grundlage sei aber in Deutschland weggefallen. Hätte Savigny nur einen Blick über Preußen hinaus in das übrige Deutschland, z. B. in sein Heimatsland Kurhessen, geworfen, so würde er dort in ganz ähnlicher Weise das Netz von Gemeinden, die das Verhältnis der

Staatsangehörigen zum Staate vermitteln, entwickelt gefunden haben. Und er würde dann vielleicht erkannt haben, daß auch in einem großen Teile von Deutschland eine Art jus originis bestehe, das im Rechte Berücksichtigung erheische.

Savigny[2] zieht denn auch die modernen Rechte in Betrachtung und stellt sich den Zweifel, ob nicht dadurch, daß in mehreren Staaten genaue Bestimmungen erlassen worden seien über den Erwerb und Verlust des „Staatsbürgerrechts," der Wohnsitz für die Anwendung des örtlichen Rechts die Grundlage abzugeben aufgehört habe, und das Staatsbürgerrecht an die Stelle getreten sei.

Er betrachtet in dieser Beziehung zunächst das französische Recht. Er erwähnt, daß dieses genaue Bestimmungen enthalte über die Entstehung und Aufhebnng der Eigenschaft eines Franzosen; und daß dieses weiter bestimme, daß der Zustand und die Fähigkeit der Person für den „Franzosen," auch wenn er im Auslande wohne, nach französischen Gesetzen beurteilt werden solle, sowie daß jeder „Franzose" die Zivilrechte genießen solle.[3] Gleichwohl erklärt er eine hieraus in dem obigen Sinne zu ziehende Schlußfolgerung nur für Schein, weil daneben den Ausländern so ziemlich dieselben Rechte eingeräumt werden. „Daraus geht hervor, daß die praktische Bedeutung des Begriffs Français weit geringer ist, als sie auf den ersten Blick scheint, und daß sie sich hauptsächlich in der Lehre von der Handlungsfähigkeit äußert."

Gleichwohl kann man, wenn man die Bestimmungen des französischen Rechts in Betracht zieht, gar nicht zweifeln, daß dieses in der Eigenschaft eines Franzosen, also in der Staatsangehörigkeit, unabhängig von dem Domizil, den Grundbegriff aufstellt, der die Anwendung der die Person betreffenden Gesetze bedingt. Wenn es daneben heißt:

Art. 11. Der Fremde genießt in Frankreich eben die

---

2) A. a. O. S. 98 f.

3) Code civ. act. 3, 8.

Zivilrechte, die die Nation, zu der er gehört, den Franzosen durch Verträge einräumt; und ferner:

Art. 13. Der Fremde, dem die Regierung erlaubt haben wird, seinen Wohnsitz in Frankreich aufzuschlagen, soll, solange er daselbst wohnt, alle Zivilrechte genießen;

so beweist dies, wie mir scheint, nicht das Gegenteil. Denn wenn das französische Recht (Art. 3) für den „Franzosen" in Anspruch nimmt, daß er, auch wenn er im Auslande wohnt, in Betreff *seiner Person* nach dem Zivilrechte *seines* Landes beurteilt werde, so muß es doch wohl auch gleiches Recht dem Fremden in Frankreich einräumen. Darin, daß jeder nach dem Rechte *seines* Landes beurteilt wird, besteht eben der gleiche Genuß der Zivilrechte.

Sodann berührt *Savigny* das preußische Recht und verwirft hier noch entschiedner jede anderweite Grundlage, da das „neuerlich erlassene" Gesetz über Staatsangehörigkeit vom 31. Dezember 1842 nur die Verhältnisse des öffentlichen Rechts betreffe, die allgemeinen preußischen Gesetze aber das persönliche Recht des Einzelnen nur durch den Wohnsitz ohne Unterschied zwischen Inländer und Ausländer bestimmen lassen.

Was nun zunächst das preußische Landrecht betrifft, so bestimmt dieses in der Einleitung:

§ 27. Die persönlichen Eigenschaften und Befugnisse eines Menschen werden nach den Gesetzen der Gerichtsbarkeit beurteilt, unter der dieser seinen eigentlichen Wohnsitz hat.

§ 38. Auch Unterthanen fremder Staaten, die in hiesigen Landen leben oder Geschäfte treiben, müssen nach obigen Bestimmungen beurteilt werden.

Um die Bedeutung dieser Bestimmungen recht zu verstehen, muß man folgendes hinzunehmen. Sonst waren Einwanderungen in Preußen leicht ausführbar. Um preußischer Unterthan zu werden, bedurfte es keiner besondern Form. Wer nach Preußen zog und innerhalb des preußischen

Gebiets seinen Wohnsitz aufschlug, konnte sich so lange als Preuße betrachten, bis er die Erlaubnis zum Auswandern nach der Verordnung vom 14. September 1818 erhalten hatte. So waren die Verhältnisse bis zum Erlaß des Gesetzes vom 31. Dezember 1842. Es bestand also in Preußen der Zustand, den wir oben als den der absoluten Freizügigkeit bezeichneten; und da war dann nichts natürlicher, als daß die Begriffe von „Wohnsitz" und „Heimatrecht" zusammengeworfen wurden. Ob nicht gleichwohl das Landrecht, indem es in § 27 cit. von einem „eigentlichen" Wohnsitz redet, schon etwas im Sinne gehabt habe, was dem Begriff des Heimatrechts naheſteht, kann hier dahingestellt bleiben. Und wenn man liest, was Savigny (§ 363) über jene Bestimmung des Landrechts sagt, so möchte man fast glauben, daß auch bei ihm unwillkürlich eine ähnliche Ideenverwechslung zu Grunde gelegen.

Allerdings wurden nun die Verhältnisse durch das Gesetz vom 31. Dezember 1842, das über Erwerb und Verlust der preußischen Staatsangehörigkeit feste, von dem gewöhnlichen Wohnsitz an sich unabhängige Bestimmungen traf,[4]) wesentlich andre; und wenn auch dieses Gesetz unmittelbar nur Bestimmungen über öffentliche Rechtsverhältnisse gab, so hätten doch die Konsequenzen, die aus der Lostrennung des Begriffs der Staatsangehörigkeit von dem Wohnsitz mittelbar auch für die Verhältnisse des Privatrechts sich ergaben, nicht verkannt werden sollen. Savigny aber (dessen Ausführung wahrscheinlich schon weit früher entworfen war) scheint in seinen an den vorhergehenden Zustand sich anknüpfenden Anschauungen dergestalt befangen gewesen zu sein, daß ihm diese Konsequenzen des — von ihm selbst als Minister mitunterzeichneten — Gesetzes entgingen.

---

4) „§ 13. Der Wohnsitz innerhalb unsrer Staaten soll in Zukunft für sich allein die Eigenschaft als Preuße nicht begründen."

Dazu kommt noch eins. Hand in Hand mit jenem Gesetze gingen noch zwei andre von dem nämlichen Tage, das eine „über die Aufnahme neu anziehender Personen," das andre „über die Verpflichtung zur Armenpflege." Nach diesen Gesetzen kann in der Regel jeder in jede Gemeinde ziehen und gehört dann kraft des von ihm gewählten „Wohnsitzes" auch publizistisch dieser Gemeinde an. Eine bestimmt abgeschlossene Gemeindeangehörigkeit, wie sie in andern deutschen Ländern bestand, wurde also auch damals in Preußen nicht eingeführt. Das Prinzip der Freizügigkeit in dem obigen Sinne waltete im Verhältnis zwischen Gemeinde und Gemeinde fort. Und damit blieb also für das Verhältnis im Innern des Staats das Zusammenfallen von „Wohnsitz" und „Heimatrecht" bestehen; sodaß der Gegensatz beider durch die neue Gesetzgebung nur auf einem verhältnismäßig kleinen Gebiet in die Erscheinung hätte treten können. Es ergiebt sich zugleich hieraus, wie Savigny sagen konnte, daß jener römische Zustand, der dem jus originis zu Grunde liege, „in Deutschland" nicht bestehe.

Aber auch noch eine andre Erscheinung, die wohl geeignet gewesen wäre, ihm Bedenken gegen seine Lehre hervorzurufen, wies Savigny von sich ab. Durch seinen Freund Keller erfuhr er, daß eine ganz andre Rechtsbildung, als die von ihm befürwortete, in der Schweiz sich erzeugt habe; und er selbst nahm darüber folgende Bemerkung auf. „Es muß als eine Merkwürdigkeit erwähnt werden, daß sich in einem kleinen europäischen Lande ein ähnlicher Rechtszustand ausgebildet hat, wie der oben dargestellte römische: eine origo, verschieden von dem domicilium, aber mit entschiednem Übergewicht über dieses; ein Rechtszustand, der nicht Überrest des römischen und eben so wenig Nachahmung desselben ist, so wie er auch darin eigentümlich erscheint, daß er nicht ausschließend auf einem Stadtbürgerrecht, sondern auf dem Heimatrecht oder Bürgerrecht in irgend einer Gemeinde (sei sie städtisch oder ländlich) beruht. Dieser Zustand findet sich

in den meisten Kantonen der deutschen Schweiz, wo das Heimatrecht in einer bestimmten Gemeinde, das zugleich Bedingung für den Erwerb des Kantonsbürgerrechts ist, vorzugsweise vor dem vielleicht anderswo gewählten Wohnsitze, entscheidend ist für viele der wichtigsten Rechtsverhältnisse: namentlich für die Rechtsfähigkeit und Handlungsfähigkeit, für die Ehe, väterliche Gewalt, Vormundschaft, sowie für das Recht der Testamente und die Intestaterbfolge. Für mehrere dieser Rechtsverhältnisse wird nicht bloß das anwendbare örtliche Recht, sondern auch der Gerichtsstand durch die origo (das Gemeindebürgerrecht) bestimmt, vorzugsweise vor dem Wohnsitz; namentlich gilt dieses für die Klagen auf Ehescheidung, und für die aus dem Erbrecht. Alle diese Bestimmungen gründen sich teils auf altes Herkommen, teils auf die zwischen vielen Kantonen geschlossenen Konkordate."

Diese Rechtsbildung ist nichts andres, als die konsequente Durchführung der hier vertretenen, aus einer vollständig entwickelten Staats- und Gemeindeangehörigkeit sich ergebenden Grundsätze. Es ist sehr natürlich, daß eine solche gerade in der Schweiz zur Geltung kam. Dort treffen wir eine große Anzahl kleiner, je unter besonderm Rechte lebender Gemeinwesen mit starkem munizipalen Geiste, aber gleichwohl in Verbindung regsten Verkehrs unter einander. Es mußten dadurch die Fragen über Anwendung des örtlichen Rechts so häufig und dringlich werden, daß die Lehre nicht wohl lange ohne eine durchgebildete Theorie bestehen konnte. Und wenn hierbei die Schweizer, auch ohne Beihilfe des römischen Rechts, das obige System ausbildeten, so ist dies nur ein Beweis ihres gesunden Rechtssinnes.

Daß aber Savigny in dieser ganzen Erscheinung nur eine „Merkwürdigkeit" erblickt, läßt erkennen, wie selbst einem so hervorragenden, in klassische Studien vertieften Geiste für moderne Rechtsbildung mitunter der Sinn versagt.

§ 7

Betrachten wir nun, wie die bisher besprochenen Verhältnisse unter der Gesetzgebung des norddeutschen Bundes, bez. des deutschen Reichs sich gestaltet haben.

Schon der Artikel 3 der Bundes-, jetzigen Reichsverfassung enthielt die Gewährleistung eines für ganz Deutschland gemeinsamen Indigenats mit der Wirkung, daß der Angehörige eines Bundesstaates in jedem andern Bundesstaate als Inländer zu behandeln und demgemäß zum festen Wohnsitz, zum Gewerbebetriebe, zu öffentlichen Ämtern, zu Erwerbung von Grundstücken, zur Erlangung des Staatsbürgerrechts und zum Genusse aller sonstigen bürgerlichen Rechte gleich den Einheimischen zuzulassen sei. Dieser Grundsatz erhielt seine nähere Ausführung durch das Gesetz vom 1. November 1867. Darnach darf jeder Deutsche innerhalb Deutschlands an jedem Orte sich aufhalten oder niederlassen, wo er eine eigne Wohnung oder ein Unterkommen sich zu verschaffen imstande ist. Das Recht der Aufenthaltsverweigerung und der Ausweisung ist auf ein äußerstes Maß beschränkt. Zugleich wird aber den Gemeinden die Befugnis gegeben, Neuanziehende nach Ablauf von 3 Monaten zu den Gemeindelasten heranzuziehen.

An und für sich ließ dieses Gesetz die Rechtsverhältnisse der Staats- und Gemeindeangehörigkeit unberührt, wie dies namentlich die §§ 7 und 11 erkennen lassen. Nahm doch das deutsche Indigenat selbst die Staatsangehörigkeit des Einzelnen zu einem der Bundesstaaten als Grundlage.

Dadurch wurde es nun auch notwendig, diese Staatsangehörigkeit selbst näher zu regeln. Es geschah dies durch das Gesetz vom 1. Juni 1870, das wiederum das preußische Gesetz vom 31. Dezember 1842 zum Muster nahm. Die darin über Erwerb und Verlust der Staatsangehörigkeit aufgestellten Sätze entsprechen im ganzen den oben (S. 197 u. f.) dargestellten. Eine vollkommne Durchführung des Gedankens,

daß jeder im Staate leben müſſe, enthalten ſie jedoch nicht. Der Verluſt der Staatsangehörigkeit ſoll erfolgen durch Entlaſſung (und zwar ohne weiteres), desgleichen durch zehnjährigen Aufenthalt im Auslande, inſofern nicht eine Eintragung beim Konſulat erfolgt. Allerdings ſind dieſe Sätze wieder dadurch beſchränkt, daß die Entlaſſung unwirkſam werden ſoll, wenn der Entlaſſene nicht innerhalb 6 Monaten auswandert oder eine fremde Staatsangehörigkeit erwirbt[5]; und daß dem, der durch zehnjährigen auswärtigen Aufenthalt die Staatsangehörigkeit verloren, bei ſeiner Rückkehr die Wiederaufnahme erteilt werden muß.[6] Gleichwohl kann nach dieſem Geſetze es kommen, daß zeitweiſe jemand gar keinem Staatsverbande angehört. Es dürfte richtiger ſein, einen Staatsangehörigen jederzeit erſt dann dieſer Eigenſchaft für entkleidet zu erachten, wenn man auch rechtlich in der Lage iſt, ihn ausweiſen oder ſeine Rückkehr ablehnen zu können. In dieſer Lage iſt man aber erſt, wenn dieſer in einem andern Lande die Staatsangehörigkeit erworben hat. Wendet man andre Grundſätze an, ſo können völlig unhaltbare Zuſtände entſtehen.[7] Selbſtverſtändlich werden auch die Rechts-

---

5) Dieſer Zuſatz fehlte in dem preußiſchen Geſetz, war aber ſchon in dem Entwurf des Reichsgeſetzes enthalten.

6) Dieſer Zuſatz wurde erſt im Reichstag bei 3. Leſung des Geſetzes zugefügt. In 2. Leſung hatte der Reichstag, abweichend von der Vorlage, beſchloſſen, den Verluſt der Staatsangehörigkeit durch Aufenthalt im Auslande nur in Verbindung mit dem Erwerb der fremden Staatsangehörigkeit eintreten zu laſſen. Die Regierungen forderten die Zurücknahme dieſes Beſchluſſes und boten jenen Zuſatz als Erſatz.

7) Im Jahre 1866 bat ein Frankfurter — wahrſcheinlich aus Abneigung gegen die neue Herrſchaft — um ſeine Entlaſſung aus dem Unterthanenverbande und erhielt ſie, blieb aber in Frankfurt. Um den Ernſt der Sache zu zeigen, ließ hierauf die Polizei ihn über die Grenze nach Offenbach führen. Anderntags wurde er von dort polizeilich zurückgeführt, weil man auch dort ihn nicht haben wollte. Natürlich mußte man ihn nun in Frankfurt behalten. Blieb derſelbe nun hier als ein Individuum, das überhaupt keinem Staatsverbande angehört?

verhältniſſe, die an die Staatsangehörigkeit ſich knüpfen, noch ſo lange nach der bisherigen Staatsangehörigkeit zu bemeſſen ſein, als das Individuum keine neue erworben hat. Andrerſeits ſcheint das Geſetz nicht auszuſchließen, daß jemand eine doppelte Staatsangehörigkeit erwerbe; ein Gedanke, der in ſeiner vollen Durchführung zu den größten Schwierigkeiten führen würde. In dieſem Falle würden die an die Staatsangehörigkeit ſich knüpfenden Rechtsverhältniſſe nach der Staatsangehörigkeit zu bemeſſen ſein, die der Betreffende praktiſch bethätigt, d. h. nach dem Ort des von ihm gewählten Wohnſitzes.

Während hiernach die Staatsangehörigkeit des Individuums zu dem einzelnen Bundesſtaat grundſätzlich erhalten blieb, wurde dieſelbe zwecks Durchführung des Prinzips der Freizügigkeit in ihrer praktiſchen Bedeutung vielfach abgeſchwächt dadurch, daß der frei gewählte Wohnſitz für die Ausübung der politiſchen Rechte und Pflichten als maßgebend aufgeſtellt wurde.

Wähler für den deutſchen Reichstag iſt jeder Deutſche — in dem Bundesſtaate, wo er ſeinen *Wohnſitz* hat. (Wahlgeſetz vom 31. Mai 1869 § 1.) Wählbar iſt jeder Deutſche — der einem Bundesſtaate ſeit mindeſtens einem Jahre *angehört* (§ 4 daſ.); alſo ohne Rückſicht auf ſeinen Wohnſitz in oder außerhalb Deutſchlands.

Zur Erfüllung ſeiner Militärpflicht wird jeder Deutſche in dem Bundesſtaate herangezogen, in dem er bei Eintritt in das militärpflichtige Alter ſeinen *Wohnſitz* hat, oder in den er vor erfolgter Entſcheidung über ſeine aktive Dienſtzeit *verzieht*. (Geſetz vom 9. November 1867 § 17.)

Zu den direkten Staatsſteuern darf ein Deutſcher nur in dem Bundesſtaate herangezogen werden, in dem er ſeinen *Wohnſitz* hat. Hat er einen doppelten Wohnſitz außerhalb und innerhalb ſeines *Heimatsſtaats*, ſo darf er nur in *dieſem* herangezogen werden. (Geſ. v. 13. Mai 1870 § 1. 2.)

Die Urliſte der Geſchwornen und Schöffen wird von

dem Gemeindevorsteher aufgestellt aus der Zahl der in der Gemeinde wohnhaften Personen. (Gerichts-Verfassungs-Gesetz vom 27. Februar 1877 § 36.)

Während so bezüglich der Rechte und Pflichten, die das Reichsrecht bestimmt, die Staatsangehörigkeit zu einem der deutschen Bundesstaaten nur noch als Grundlage des deutschen Indigenats in Betracht kommt, für die Ausübung derselben dagegen fast überall der Wohnsitz als entscheidend hingestellt ist, tritt dagegen bezüglich der Rechte und Pflichten, die zu dem Einzelstaat in Beziehung stehen, wieder die Zugehörigkeit zu diesem Staate in den Vordergrund.

Wahlberechtigt und wählbar zum Landtage ist in Preußen nur der Preuße; ersteres jedoch nur in der (natürlich preußischen) Gemeinde, worin er seit sechs Monaten seinen Wohnsitz oder Aufenthalt hat. (Wahlverordnung vom 30. Mai 1849 § 8.)

In gleicher Weise wird wohl in allen deutschen Ländern das aktive und passive Wahlrecht an die Staatsangehörigkeit geknüpft sein.

Auch das preußische Gesetz vom 30. Mai 1873 betreffend die Erbschaftssteuer bestimmte (§§ 9 und 10), daß über die Verpflichtung zur Zahlung der Steuer vom beweglichen Vermögen die Eigenschaft des Erblassers als Inländers, also die preußische Staatsangehörigkeit entscheide.

Eine weit tiefer eingreifende Zerstörung hat, in Vergleich mit der Staatsangehörigkeit, die Gemeindeangehörigkeit, wie sie in den meisten deutschen Ländern ausgebildet war, durch das Reichsgesetz vom 6. Juni 1870 „über den Unterstützungswohnsitz" erlitten. Das wichtigste an die Gemeindeangehörigkeit geknüpfte Rechtsverhältnis, die Pflicht zur Armenversorgung, ist durch dieses Gesetz der Heimatsgemeinde als solcher abgenommen. Es ist in erster Linie einem „Ortsverbande" auferlegt, in dem die Zugehörigkeit schon durch einen zweijährigen Aufenthalt erworben, durch eine zweijährige Abwesenheit verloren wird. Hat der Arme nicht einen

solchen „Unterstützungswohnsitz," so fällt er dem „Landarmenverbande" zur Last, in dessen Bezirk er sich bei Eintritt der Hilfsbedürftigkeit befand.

Durch diese neue Gesetzgebung hat die Gemeinde den frühern festen Halt verloren. Sie ist nur noch ein geographischer Begriff, die Bezeichnung eines Orts, an dem eine größere Anzahl Menschen zusammenwohnt. Auf das innere Leben der Landgemeinden hatte diese Veränderung thatsächlich bisher nur wenig Einfluß gehabt. In den größern Städten aber bewegt sich eine mehr oder minder fluktuierende Bevölkerung, die dort in stetem Wechsel aus- und einzieht, schnell und ohne jemands Zuthun eine quasi-Heimat erwirbt, sie aber auch eben so schnell wieder verliert. Ob man unter diesen Verhältnissen noch von einer „Gemeindeangehörigkeit" überhaupt reden kann, würde nur nach einer sorgfältigen Untersuchung der Art und Weise, wie dieser Begriff in den verschiednen deutschen Ländern sich ausgebildet hatte, für jedes dieser Länder sich beantworten lassen und muß daher hier unbeantwortet bleiben. Für Preußen — auch die neuen Provinzen, in denen jener Begriff früher ausgebildet war — scheint eine solche kaum noch angenommen werden zu können.

§ 8

Durch den Wegfall des Heimatrechts in dem dargestellten Sinne hat man dann auch sich für berechtigt gehalten, unter Umständen Maßregeln zu ergreifen, zu denen man bei Anerkennung eines Heimatrechts schwerlich gekommen sein würde. Man hat Reichsgesetze erlassen, die der Obrigkeit das Recht gewähren, gewisse Personen aus bestimmten Orten auszuweisen, ohne Rücksicht darauf, in welchem Verhältnisse sie zu diesem Orte stehen. So das Jesuitengesetz vom 4. Juli 1872, das Gesetz vom 4. Mai 1874 wegen unbefugter Ausübung von Kirchenämtern, und das Sozialistengesetz vom 21. Oktober 1878. Selbstverständlich soll über den politischen Wert solcher Maßnahmen hier kein Urteil gefällt werden.

Aber das Mittel des Kampfes weist einen Rechtszustand auf, der, wie ich glauben möchte, dem deutschen Rechtsbewußtsein nicht entspricht. Man hat wohl mit einem gewissen bittern Euphemismus jene Maßnahmen eine „Beschränkung der Freizügigkeit" genannt. Ohne Zweifel ist die Freizügigkeit, d. h. die Befugnis, an einen andern Ort zu ziehen und dort sich niederzulassen, kein wohlerworbnes Recht; und eine Beschränkung in dieser Befugnis würde Personen gegenüber, deren Ausbreitung im Lande gemeinschädlich wirkt, keine absolut verwerfliche Maßregel sein. Aber die Ausweisung aus einem Orte, den jemand als seine Heimat betrachten durfte, ist doch etwas andres. Und wenn auch kraft des Prinzips der Freizügigkeit jeder Deutsche jetzt von sich sagen kann: „Überall bin ich zu Hause," so betrachtet man doch im Volke das Verhältnis dessen, der an einem Orte heimisch ist, anders, als das Verhältnis eines eben Herzugelaufnen. In unserm Volke ist der Begriff der Heimat noch nicht verschwunden; und es würde, wie ich glaube, dem allgemeinen Rechtsbewußtsein mehr entsprechen, wenn, unbeschadet der Freizügigkeit, jedem Deutschen wenigstens ein Ort gesichert wäre, den er als seine unantastbare Heimat betrachten könnte, und aus dem ihn auszuweisen selbst der Gesetzgeber Bedenken tragen müßte. Noch weniger wird es vom Standpunkt allgemeiner Rechtsbildung zu billigen sein, daß man in dem zweiten oben erwähnten Gesetze auch zu dem Zwangsmittel der Expatriierung zurückgreifen zu müssen geglaubt hat. Es ist das ein Zurückfallen in die Rechtsanschauungen vergangner Jahrhunderte.

Die Unklarheit über das Verhältnis von Heimatrecht und Domizil hat auch bei einer andern Gelegenheit eine politische Rolle gespielt, nämlich bei der vielbesprochnen „Option" in Elsaß-Lothringen. Es ist unzweifelhaft, daß, wenn ein Staat an einen andern eine Landschaft abtritt, alle dieser Landschaft angehörenden Personen zugleich abgetreten, d. h. Unterthanen des erwerbenden Staates werden. Durch den Frankfurter Frieden wurde jedoch eine Ausnahme vor-

behalten. Es wurde bestimmt, daß gewisse Personen — les sujets français originaires des territoires cédés, domiciliés actuellement sur ce territoire — befugt sein sollen, mittels einer bis zum 1. Oktober 1872 abgegebnen Erklärung ihr Domizil nach Frankreich zu verlegen und die Eigenschaft eines französischen Bürgers sich zu bewahren. Durch diese Bestimmung legte also jeder der kontrahierenden Staaten zu Gunsten gewisser Personen im Falle ihrer „Option" sich eine Verpflichtung auf: Deutschland, sie nicht in der deutschen Staatsangehörigkeit festzuhalten, Frankreich, sie als französische Staatsangehörige anzuerkennen. Wer waren nun die solchergestalt begünstigten Personen? Was bedeuteten namentlich die Worte: originaires des territoires cédés? Das natürliche Verständnis würde gewesen sein, diese Worte mit: „die in Elsaß-Lothringen einheimischen (ihre origo habenden) Personen" zu übersetzen. Da entstand freilich die Frage, ob in Frankreich der Begriff der Staatsangehörigkeit in der Art bestand, daß man von der Angehörigkeit des Individuums zu einer bestimmten Provinz reden konnte. Dies scheint nach der französischen Gesetzgebung nicht der Fall gewesen zu sein; vielmehr kennt diese auch nur den Erwerb einer Art von Unterstützungswohnsitz. Gab es aber in Frankreich keine provinzielle Heimatsberechtigung, dann blieb für die Angehörigkeit zu Elsaß-Lothringen kein andres Merkmal als der Wohnsitz; und dann fielen die neben einander gestellten Begriffe originaires und domiciliés in ihrer praktischen Bedeutung zusammen. Von den deutschen Behörden — ohne Zweifel preußische Beamte, die ein Heimatrecht nicht kannten — wurde aber die Sache anders aufgefaßt. Sie übersetzten originaires mit „in Elsaß-Lothringen geboren"; und das Oberpräsidium machte daher bekannt, daß alle die zur Option berechtigt oder verpflichtet seien, die im Elsaß geboren, oder dort domiziliert, oder beides seien. Die französische Regierung acceptierte die Übersetzung „in Elsaß-Lothringen geboren" bestens, folgerte aber daraus, daß alle

nicht in Elsaß-Lothringen geborne, dort wohnhafte Franzosen auch ohne Option ihre französische Staatsangehörigkeit bewahren könnten. Dies wurde wieder von deutscher Seite bestritten. Daraus entstanden nun die größten Verwirrungen und Mißstände für die Beteiligten.[8]) Soviel bekannt, ist der Streit bis zur Zeit noch nicht vollständig gelöst.

§ 9

Gehen wir nun auf die Rechtsinstitute, für die das Heimatrecht maßgebend ist, im einzelnen näher ein.

Für das Strafrecht stellt das deutsche Strafgesetzbuch (§§ 3 und 4) Grundsätze auf, die im allgemeinen der obigen Darlegung entsprechen. Die nähern Modifikationen sind durch innere Gründe gerechtfertigt.

Was die Verhältnisse des Zivilrechts betrifft, so wird da, wo die Gemeindeangehörigkeit aufgehört hat, ein publizistisch bedeutsamer Rechtsbegriff zu sein, auch die Anwendung des örtlichen Rechts innerhalb desselben Staatsgebiets nicht mehr nach der Angehörigkeit zu einem bestimmten Landesteile, sondern nur nach dem Wohnsitz bemessen werden können. Wenn also ein Angehöriger der neuen preußischen Provinzen, dessen Ehe in diesen nur nach den Grundsätzen des gemeinrechtlichen Eherechts geschieden werden könnte, nach einem im landrechtlichen Gebiet liegenden preußischen Ort überzieht, so wird der Ehetrennung nach landrechtlichen Grundsätzen nichts mehr im Wege stehen.

Wohl aber müssen die dargelegten Grundsätze, soweit

---

8) Ein Wirrnis dieser Art von fast scherzhafter Natur war folgendes. Der bekannte französische Schriftsteller About, der seit langen Jahren in Paris wohnte und gleich nach dem Kriege in nicht sehr ehrerbietigen Artikeln gegen Deutschland sich ergangen hatte, bereiste im Jahre 1872 das Elsaß, wurde dort aber plötzlich wegen „Majestätsbeleidigung" verhaftet, weil er — in Deutsch-Lothringen geboren und deshalb, bei mangelnder Option, deutscher Unterthan sei! Indessen wurde er doch vom Gerichte freigelassen.

sie nicht durch positives Gesetz geändert sind, noch Anwendung finden in dem Verhältnis zwischen Staat und Staat, und zwar auch in dem Verhältnis der verschiednen deutschen Staaten untereinander.

Durchaus korrekt stellt das sächsische Zivilgesetzbuch folgende Sätze auf:

§ 7. Die Rechts- und Handlungsfähigkeit einer Person ist nach den Gesetzen des Staats zu beurteilen, dessen Unterthan dieselbe ist.

§ 13. Eingehung und Auflösung der Ehe werden nach den Gesetzen des Staats beurteilt, dessen Unterthan der Ehemann ist.

§ 14. Die ehelichen Vermögensrechte werden nach den Gesetzen beurteilt, die zur Zeit der Eingehung der Ehe an dem Wohnsitze des Ehemanns gelten.

§ 15. Die väterliche Gewalt wird nach den Gesetzen des Staats beurteilt, dessen Unterthan der Vater ist.

§ 16. Die Vormundschaft wird nach den Gesetzen des Staats beurteilt, dessen Unterthan der zu Bevormundende ist.

Es ist also in erster Linie die Rechts- und Handlungsfähigkeit, die nicht nach den Gesetzen des Wohnsitzes, sondern nach dem Gesetz der Heimat des Handelnden zu beurteilen ist. Die Rechts- und Handlungsfähigkeit ist nicht wie ein Kleid, das der Mensch nach Belieben an- und ausziehen kann. Sie ist vielmehr durch die Gesetze des Landes, dem der Einzelne als Unterthan angehört, positiv bestimmt und haftet, so lange er diese Eigenschaft besitzt, untrennbar an seiner Person. Nur wird bei Beurteilung hier einschlagender Fragen stets zu prüfen sein, ob ein Gesetz, das in der Form einer Beschränkung der Handlungsfähigkeit auftritt, nicht etwa nur bestimmte Handlungen innerhalb des betreffenden Staatsgebiets hindern will. In einem solchen Falle liegt nur scheinbar eine Beschränkung der Handlungsfähigkeit vor. Ein derartiges Gesetz wirkt daher nicht außerhalb seines Gebiets; sowie auch ihm

gegenüber die unbeschränkte Handlungsfähigkeit des Ausländers nicht zur Geltung kommen kann. Wenn also z. B. ein Gesetz Juden verböte, Grundeigentum zu erwerben, so würden doch die unter diesem Gesetz stehenden Juden an dem Grunderwerb im Auslande nicht gehindert sein; umgekehrt aber auch ausländische Juden sich nicht auf ihre Unbeschränktheit in ihrer Heimat berufen können. Denn das Gesetz will eben, daß innerhalb des betreffenden Staatsgebiets Juden Grundeigentum nicht besitzen sollen. Während in Verhältnissen dieser Art eine wahre Ausnahme von dem obigen Grundsatz nicht zu finden ist, kann man eine wirkliche Ausnahme für wohlbegründet ansehen durch gewisse praktische Interessen. Zum Schutz des guten Glaubens im Verkehr kann man für geboten erachten, den obigen Grundsatz in der Art zu beschränken, daß Geschäfte, die ein Ausländer im Inlande abschließt, und die nach den Gesetzen des Inlandes für giltig zu halten wären, aufrecht erhalten werden, auch wenn sie wegen der beschränkten Handlungsfähigkeit des Ausländers anfechtbar sein würden.[9] Streng genommen würde ein Bedürfnis in dieser Richtung nur vorhanden sein, wenn nicht bewiesen werden könnte, daß der, der mit dem Ausländer das Geschäft abgeschlossen, dessen mangelnde Handlungsfähigkeit gekannt habe. Die Weiterungen, die mit Zulassung eines solchen Beweises verbunden sind, lassen es aber legislatorisch zu, von einer solchen Beschränkung auch abzusehen.

Weiter gehört hierher eine Anzahl Rechtsverhältnisse, die dergestalt mit der gesamten Persönlichkeit in Zusammenhang stehen, daß auch sie niemand durch den bloßen Wechsel seines Wohnsitzes ändern kann. Diese Verhältnisse gehören durchweg dem Familienrechte an oder stehen wenigstens mit ihm in nahem Zusammenhange, und die Notwendigkeit, sie nach der Staatsangehörigkeit zu bemessen, erklärt sich eben daraus,

---

9) Bestimmungen dieser Art enthält Art. 84 der deutschen Wechselordnung und § 8 des sächsischen Gesetzbuchs.

daß, wie ſchon Savigny (Syſtem, Bd. 1 S. 22) bemerkt, das Familienrecht dem öffentlichen Rechte nahe ſteht.

Zu dieſen Rechtsverhältniſſen gehört vor allem die Ehe. Wenn auch die Form der Eheſchließung durch den Grundſatz: Locus regit actum beherrſcht wird, ſo muß doch die perſönliche Fähigkeit, eine Ehe zu ſchließen, ſowie die nach dem Verhältnis der Beteiligten zu bemeſſende Zuläſſigkeit der Ehe nach dem Rechte des Landes beurteilt werden, dem der Mann kraft des Unterthanenverbandes angehört, nicht wo er bloß ſeinen Wohnſitz hat. Auch Dispenſationen, die in dieſer Beziehung zuläſſig ſind, gehören vor die Obrigkeit jenes Landes. Wäre eine ſolche Dispenſation für die Frau nachzuſuchen, ſo würde ſie bei der Obrigkeit des Landes, dem ſie angehört, zu erwirken ſein. Desgleichen kann die Eheſcheidung nur nach dem Rechte des Landes geſchehen, dem die Eheleute kraft des Unterthanenverbandes angehören. Das Maß, in dem das Eheband feſtzuhalten, iſt publici juris; und eben deshalb kann niemand, ſo lange er einem Staate angehört, dies dadurch ändern, daß er in einem andern Lande ſeinen Wohnſitz nimmt.

Es würde nur eine weitere Konſequenz in dieſer Richtung ſein, wenn man auch für die Eheſcheidungsklage nicht das Gericht des Wohnorts, ſondern das Gericht des Heimatsorts für zuſtändig erklärte. So wie der Eheſcheidungsprozeß ſelbſt eine weſentlich andre Natur hat als jeder andre Prozeß — man braucht nur daran zu erinnern, daß Zugeſtändniſſe darin keine Wirkung haben —, ſo iſt auch das Eheſcheidungsgericht kein ſolches, dem ſich die Parteien nach Willkür unterwerfen könnten. Es iſt vielmehr die ſtaatlich geordnete Inſtanz, die zugleich das öffentliche Intereſſe an Heilighaltung der Ehe zu wahren hat. So wenig wie nun die Parteien etwa durch Prorogation ein andres als das geſetzlich berufne Gericht für die Eheſcheidungsklage zuſtändig machen könnten, ebenſo wenig können ſie durch einen willkürlich gewählten Wohnſitz eine Zuſtändigkeit für dieſe Klage auf ein aus-

wärtiges Gericht übertragen. Dazu kommt noch die praktische Unzuträglichkeit, die darin liegt, wenn ein kraft des Wohnsitzes angegangnes Gericht eine Ehescheidungsklage nach den Rechten eines fremden Landes entscheiden soll; was es unter Umständen, wenn die Gesetze des eignen Landes, die über die Ehescheidung Bestimmung treffen, eine prohibitive Natur haben, gar nicht kann.

Der von der D. Z.-P.-O. aufgestellte Grundsatz, daß der allgemeine Gerichtsstand des Mannes, d. h. der Gerichtsstand des Wohnsitzes, für die Ehescheidungsklage zuständig sei, bildet in meinen Augen eine Inkorrektheit, die eben daraus hervorgegangen ist, daß man der Bedeutung der Staatsangehörigkeit für gewisse Rechtsverhältnisse sich nicht bewußt war. Das Reichsgericht hat dann diese Inkorrektheit noch in der Art weiter geführt, daß es eine bei einem deutschen Gerichte angebrachte Ehescheidungsklage auswärtiger in Deutschland wohnender Eheleute auch nach deutschem Rechte entscheiden zu müssen glaubte.[10]) Auf diese Weise können Zustände entstehen, wonach ein und dieselbe Ehe in dem einen Lande als geschieden, in dem andern als noch fortbestehend, ein sich wieder verheiratender Ehegatte in dem einen Lande als rechtmäßig verheiratet, in dem andern Lande als in Bigamie lebend gilt. Solche Zustände, die man vernünftigerweise innerhalb der Kulturstaaten für unmöglich halten müßte, können nur auf Gesetzen oder Entscheidungen beruhen, denen eine falsche Theorie zu Grunde liegt.

Auch für die Ehescheidung kraft landesherrlicher Machtvollkommenheit muß behauptet werden, daß nur der Landesherr zuständig ist, dem die Eheleute kraft des Unterthanenverbandes angehören. Ein fremder Landesherr kann keine Ehe scheiden.

Für die väterliche Gewalt gilt nicht minder, wie für die Ehe, daß das sie beherrschende Recht kein willkürlich ge-

10) Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Bd. 3 Nr. 14.

schaffnes ist, daß es vielmehr die Beteiligten mit zwingender Gewalt erfaßt. Eben deshalb kann man nicht annehmen, daß es durch den bloßen Wechsel des Wohnsitzes sich ändre. Es bleibt vielmehr von der Staatsangehörigkeit des Vaters abhängig. So namentlich die Entstehung und Aufhebung der väterlichen Gewalt, sowie die daran sich knüpfenden Vermögensrechte. Nur wird man dann, wenn die Kinder eine andre Staatsangehörigkeit erwerben, ihre Befreiung von der väterlichen Gewalt schon dann annehmen müssen, wenn sie nach dem Rechte ihrer neuerworbnen Heimat davon frei sind. Auch für die Zuständigkeit zu obrigkeitlichen Akten, durch die die Rechte der väterlichen Gewalt begründet werden, also namentlich für Akte der Adoption, Legitimation wird nicht der Wohnsitz, sondern die Staatsangehörigkeit entscheidend sein.

Endlich gehört hierher die Vormundschaft. Auch sie, als eine den zu Bevormundenden erfassende Thätigkeit der obrigkeitlichen Gewalt, gehört nicht an das Gericht des Wohnsitzes, sondern an das Gericht des Heimatsortes.[11]) Allerdings wird der Staat nicht umhin können, auch Fremden, die in seinem Gebiete wohnen, wenn sie des vormundschaftlichen Schutzes bedürfen, diesen Schutz wenigstens provisorisch angedeihen zu lassen. Und wenn die heimatliche Obrigkeit die vormundliche Obsorge überhaupt nicht übernehmen will, auch eine Ausweisung der zu Bevormundenden in ihre Heimat (z. B. aus politischen Gründen) nicht thunlich wäre, so würde auch jene provisorisch gewährte Obsorge zu einer definitiven werden müssen. Daß in einem Falle dieser Art die Vormundschaft nur nach Maßgabe der Gesetze des eignen Landes geführt und geleitet wird, versteht sich von selbst. Grundsätzlich aber muß die Vormundschaft als eine Angelegenheit betrachtet werden, die nicht an den Wohnort, sondern an den Heimatsort des zu Bevormundenden gehört.

---

11) Dies ist auch schon im römischen Recht ausgesprochen. Vgl. l. un. C. ubi petantur tutores vel curatores.

§ 10

Wir wenden uns nun zwei Rechtsverhältnissen zu, die sich an das Recht der Familie nahe anschließen, bei denen man aber (auch legislatorisch) zweifeln kann, ob sie nach dem Rechte der Heimat oder des Wohnsitzes zu bemessen seien. Es sind dies das eheliche Güterrecht und die Erbfolge.

Als Grundlage des ehelichen Güterrechts gelten unbestritten die Gesetze, denen der die Ehe abschließende Mann unterliegt. Und die zu stellende Frage ist also die: richtet sich das eheliche Güterrecht nach den Gesetzen des Heimatsorts oder des Wohnsitzes des Mannes? Die Gesetze über das eheliche Güterrecht unterscheiden sich von den übrigen die Ehe beherrschenden Gesetzen sehr wesentlich dadurch, daß sie nicht absolutes, sondern nur vermittelndes Recht bilden; indem es den Eheleuten unbenommen bleibt, ihre Güterverhältnisse abweichend von dem durch das Gesetz bestimmten Rechte durch Vertrag zu ordnen. Wenn aber die Eheleute durch ausdrücklichen Vertrag sich von dem ihre Ehe beherrschenden Rechte lossagen können, so kann auch die Frage nicht für unberechtigt gehalten werden, ob nicht eben darin, daß der Ehemann außerhalb seines Heimatslandes seinen Wohnsitz genommen hat, und daß von dort aus die Ehe eingegangen wird, eine stillschweigende Unterwerfung der Eheleute unter das Recht dieses Wohnsitzes gefunden werden kann. Ich bin geneigt, im Zweifel die Frage zu bejahen. Es spricht dafür auch der Umstand, daß bei dieser Annahme sowohl die sich verheiratende Frau, als auch dritte Personen, die bei dem Güterverhältnisse der Ehegatten beteiligt sind, am wenigsten Täuschungen unterliegen werden. So entscheidet sich auch das sächsische Zivilgesetzbuch (§ 14).

Die vielbestrittene Frage, ob das eheliche Güterrecht bei einem Wechsel des Orts, dem die Ehe angehört, auch wechselt, oder ob dasselbe in dem einmal begründeten Verhältnis bestehen bleibt, kann an und für sich unabhängig von der vor-

erörterten Frage beantwortet werden. Nimmt man einen solchen Wechsel an, so würde derselbe in dem einen Fall an den Wechsel des Wohnsitzes, in dem andern Falle an den Wechsel der Staatsangehörigkeit des Ehemanns sich knüpfen müssen. Ich für meine Person bin der Ansicht, daß das einmal begründete Güterverhältnis von einem solchen Wechsel unabhängig ist. Wer aber der Ansicht huldigt, daß das Güterverhältnis wechsele, legt demselben eine Bedeutung bei, die allerdings auch der Annahme näher führt, dasselbe nicht durch den Wohnsitz, sondern durch die Staatsangehörigkeit bestimmen zu lassen. So z. B. Mommsen, bei dem die Annahme, daß die Staatsangehörigkeit über das Güterrecht entscheide, mit der Annahme daß dasselbe auch mit Wechsel der Staatsangehörigkeit wechsele, Hand in Hand geht.

Was das Erbrecht, also insonderheit die Intestaterbfolge betrifft, so knüpft sich bei dieser der Zweifel daran, daß einerseits das Erbrecht gleichsam die ganze Persönlichkeit erfaßt; andrerseits aber doch auch die Vorschriften der Intestaterbfolge kein zwingendes Recht bilden, da es gestattet ist, durch Anfertigung eines Testaments sich denselben zu entziehen. Von dem letztern Gesichtspunkt aus kann man dahin gelangen, zu sagen: im Zweifel hat der in einem fremden Staate Wohnende sich den in diesem Staate geltenden Regeln der Intestaterbfolge unterwerfen wollen; und sein Heimatsstaat hat kein Interesse daran, dies zu hindern. Diese letztere Annahme hinkt jedoch in einer gewissen Beziehung. Die erbrechtlichen Gesetze pflegen die letztwillige Bestimmung über den Nachlaß nicht ganz frei zu geben, vielmehr an gewisse Zwangsvorschriften zu binden. Wir nennen diese Zwangsvorschriften das Noterbenrecht. Daß diese im Interesse der Aufrechthaltung der Familienbande gegebnen Vorschriften auch der im Lande wohnende Fremde befolgt, daran hat der Staat kein Interesse, und man kann sie deshalb auch nicht für diesen gegeben erachten. Umgekehrt aber wird man annehmen müssen, daß jene zwingenden Vorschriften auch den

im Auslande weilenden Unterthan erfassen und binden. Eine willkürliche Unterwerfung unter fremdes Recht würde also jedenfalls insoweit unstatthaft sein, als dadurch die Vorschriften des Noterbenrechts des eignen Landes verletzt werden würden. Auch noch in andrer Beziehung paßt die Anwendung des Rechts des Wohnorts des Erblassers ganz und gar nicht; insofern nämlich dieses Recht ein Erbewerden ipso jure anordnet, also jemanden gewissermaßen zwangsweise zu einer Erbschaft heranzieht.[12]) Bei dieser Sachlage würde es — mindestens de lege ferenda — sich empfehlen, für die Erbfolge überhaupt nicht den Wohnsitz, sondern die Staatsangehörigkeit des Erblassers entscheiden zu lassen. Dafür erklärt sich auch Mommsen. Auch in der Schweiz, wo diese ganze Lehre besonders ausgebildet ist, wird darnach verfahren. (S. oben S. 205.) Entgegengesetzt ist freilich das sächsische Zivilgesetzbuch § 17.

Ein diese Frage behandelndes Erkenntnis des O.-A.-G. zu Lübeck von 1861 findet sich bei Seuffert, Archiv Bd. 19 Nr. 107. Ein Frankfurter Bürger, der in Mainz wohnte, war dort verstorben. Es fragte sich, welches Erbfolgerecht gelte, das Mainzer oder das Frankfurter? Das Erkenntnis geht davon aus, daß es in der gemeinrechtlichen Doktrin ein allgemein anerkannter Satz sei, daß die Erbfolge nach dem „Domizil" des Erblassers zu beurteilen sei. Demnach müsse also das Mainzer Recht entscheiden. Nun fand sich aber, daß es zweifelhaft war, ob nicht das zu Mainz geltende französische Recht gerade die Staatsangehörigkeit für die Erbfolge als entscheidend betrachte; wodurch man dann — sonder-

---

12) Ein Fall dieser Art ist mitgeteilt in Seufferts Arch. Bd. 40 Nr. 172. Das O.-L.-G. zu Kiel nahm zwar an, „daß die Bestimmungen über Delation und Erwerb der Erbschaft sich nach dem Rechte des Orts richten, wo die Erbschaft eröffnet worden." Ein an dem Wohnort des verstorbnen Fremden bestehendes Zwangsrecht zum Erwerb der Erbschaft hielt es aber gleichwohl für den auswärtigen Vater desselben für unverbindlich.

barerweise — von Mainz aus doch wieder nach Frankfurt gewiesen wurde. Hierüber wurde zwischen den Parteien gestritten. Aus diesem Dilemma wußte das Gericht nicht anders herauszukommen, als daß es über den Inhalt des Mainzer Rechts ein Beweisverfahren eröffnete. Ein gewiß recht wenig erbauliches Beispiel deutscher Rechtsgelehrsamkeit.

Ein naheliegendes praktisches Beispiel bildet noch folgender Fall. Die Mitglieder des Reichsgerichts haben unzweifelhaft in Leipzig ihren Wohnsitz. Sicherlich aber werden sie durch ihre Anstellung nicht sächsische Unterthanen, sondern sie bleiben Angehörige des Staates, dem sie entstammen. Sind sie nun, wenn sie in Leipzig versterben sollten, dem sächsischen Erbrechte (das z. B. ein bedeutendes Pflichtteilsrecht der Ehegatten kennt) unterworfen? Ich möchte bezweifeln, daß bei Annahme ihrer Anstellung eine solche Unterwerfung in ihrer Absicht liegt.

Andre Regeln des internationalen Rechts werden durch den Gegensatz von Heimatrecht und Wohnsitzrecht nicht berührt. So namentlich die Regel: Locus regit actum. Soweit nach der bisherigen Annahme diese Regel dem am Wohnsitze des Handelnden geltenden Rechte derogierte, wirkt sie in gleicher Weise da, wo man dem Wohnsitzrecht das Heimatrecht substituiert. Nur die Frage läßt sich erheben, ob Akte, die zur geflissentlichen Umgehung der vom Heimatsorte vorgeschriebnen Form auswärts vorgenommen werden, durch die gedachte Regel zur Giltigkeit gelangen. Eine allgemeine Regel hierüber wird sich aber nicht aufstellen lassen. Es kommt auf die Natur und den Zweck jeder einzelnen gegebnen Vorschrift an.

Soweit beim Abschluß von Verträgen nach der bisherigen Annahme der Wohnsitz eines der Vertragschließenden, namentlich des Schuldners, als derjenige Ort galt, dessen Rechte die Vertragschließenden sich mutmaßlich haben unterwerfen wollen, liegt in der Natur der Verhältnisse kein Grund, den Heimatsort an die Stelle des Wohnorts zu setzen. Denn hierbei

kommt in Wahrheit der Wohnsitz als der Mittelpunkt der laufenden Geschäftsthätigkeit des Menschen in Betracht.

Bei einer Art von Verbindlichkeiten jedoch wird wieder die Staatsangehörigkeit als einwirkendes Moment anzuerkennen sein; nämlich bei solchen Verbindlichkeiten, die an familienrechtliche oder ihnen nachgebildete Verhältnisse unmittelbar durch das Gesetz geknüpft sind. Dahin gehört namentlich die gesetzliche Alimentationspflicht. Die Gesetzesvorschriften, die jeder Staat über die Bedingungen und den Umfang der Alimentationspflicht giebt, sind zunächst dergestalt positiv zwingender Natur, daß über die Grenze derselben hinaus ein Alimentationsanspruch nicht anerkannt werden kann. Niemand kann daher, wenn er bei den Gerichten des betreffenden Landes Klage erhebt, beanspruchen, daß ihm auf Grund auswärtiger Gesetze ein weiter gehender Alimentationsanspruch, als der von den Gesetzen des Landes gewährte, zugesprochen werde. Andrerseits liegt aber auch kein Grund vor, einem Auswärtigen mehr an Alimenten zuzuerkennen, als die Gesetze seines eignen Landes ihm zubilligen. Zu dieser Annahme muß schon der Grundsatz der Reziprozität führen. Denn wenn die diesseitigen Unterthanen in dem Lande des Klägers die gleiche Klage erhöben, so würden sie mit dem Mehranspruch abgewiesen werden. Das hierbei entscheidende auswärtige Recht kann aber nicht das durch den Wohnsitz, sondern nur das durch die Staatsangehörigkeit des Klägers bestimmte Recht sein.

Diese Grundsätze müssen auch Anwendung finden bei der vielerörterten Frage über Alimentationsansprüche wegen außerehelicher Erzeugung;[13]) nur daß dabei noch eine weitere, gleichfalls in der Wissenschaft bestrittene Frage im Wege liegt. Zunächst wird man auch hier daran festzuhalten haben,

13) Leider ist diese so sehr bestrittene Frage durch § 23 Nr. 2 des D. Ger.-Verf.-Gesetzes der einheitlichen Rechtsprechung des Reichsgerichts entzogen, und sie wird daher in den verschiednen deutschen Gerichten sehr verschieden beantwortet werden.

daß auf eine bezügliche Klage die Gerichte eines Landes niemals mehr an Alimenten zuerkennen dürfen, als die Gesetze dieses Landes gewähren. Erkennen die Gesetze einen derartigen Anspruch überhaupt nicht an, so hört die Verfolgung des Anspruchs im Bereich dieser Gesetze auf. Die Frage aber, ob auch noch die Gesetze eines andern Landes auf diesen Anspruch einen Einfluß üben, und welches andre Land hierbei entscheidend sei, wird von der Vorfrage über die Natur des betreffenden Anspruchs abhängen. Sieht man denselben als aus einer unerlaubten Handlung hervorgegangen an, so würde es folgerichtig sein, den an dem Orte der begangnen Handlung geltenden Gesetzen den Einfluß zu gestatten, daß sie dem Anspruch, wenn er auch nach dem Orte der erhobnen Klage begründet wäre, entgegentreten. Sieht man dagegen — was ich für das richtigere halte — den Anspruch als durch die natürliche Verwandtschaft begründet an, dann würde auch hier der Ort, dem der Kläger kraft des Staatsverbandes angehört, jenen Einfluß üben. Denn auch hier trifft es zu, daß man dem, dem die Gesetze seines eignen Heimatsorts einen derartigen Anspruch versagen, einen solchen auswärts zuzuerkennen keinen Grund hat.

Ich komme hiernach zu folgendem Ergebnis: Alimente, sowohl aus ehelicher als unehelicher Verwandtschaft, können nur beansprucht werden, soweit die Gesetze des Orts, wo Klage erhoben wird, dieselben zubilligen, und soweit die Gesetze des Heimatsorts des Klägers ihm einen solchen Anspruch gewähren. Prozessualisch würde sich der Einwand des Verklagten, daß die letztere Voraussetzung fehle, wohl als Einrede gestalten.

Die Grenzen der freien Beweistheorie

[Jahrbücher für Dogmatik u. s. w. Bd. 25, 1886]

§ 259 der Z.-P.-O. besagt: „Das Gericht hat unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob eine thatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei." Diese Bestimmung enthält einen richtigen Ausdruck des zu Grunde liegenden Rechtsgedankens, wenn man unter „nicht wahr" das Negative versteht, daß das Gericht von der Wahrheit der zu beweisenden Thatsache eine Überzeugung nicht gewonnen habe. Sie würde ein unrichtiger Ausdruck jenes Rechtsgedankens sein, wenn man unter dem „nicht wahr" das Positive verstände, daß das Gericht sich in jedem Falle zu entscheiden habe, ob es von der Wahrheit oder der (positiven) Unwahrheit der streitigen Thatsache überzeugt sei. Gleichwohl ist die Fassung der Bestimmung von der Art, daß sie leicht Minderkundige beirren kann. Einer solchen Beirrung entgegenzutreten ist der Zweck dieses Aufsatzes. Es soll dabei zur leichtern Verständigung der Ausdruck „nicht wahr" in dem oben gedachten negativen, der Ausdruck „unwahr" in dem gedachten positiven Sinne gebraucht werden.

Wenn die Parteien im Rechtsstreite mit widersprechenden Behauptungen auftreten, so wird der Richter zunächst genau zu prüfen haben, ob darin wirklich ein Streit über Thatsachen oder nur etwa über die Auffassung von Thatsachen enthalten ist. Zwischen der Thatsache und dem sie bezeichnenden Wort liegt meistens eine gewisse Kluft, die das Wort nicht als

absolut genaue Bezeichnung der Thatsache erscheinen läßt. Diese Kluft zwischen Thatsache und Wort benutzen nun die Parteien sehr häufig, um den Thatsachen eine für ihr Interesse möglichst günstige Darstellung zu geben. Die Form, in der dieser Streit auftritt, bewegt sich meist in der Form des Behauptens und Leugnens. Dadurch gewinnt er den Schein eines Streites über Thatsachen, ist es aber in Wahrheit nicht. So z. B.: Kläger behauptet, daß bei den Verhandlungen, aus denen das streitige Rechtsverhältnis hervorgegangen, eine von ihm gestellte Frage vom Verklagten bejaht sei. Verklagter leugnet das. In Wahrheit hat nun Verklagter weder ja noch nein auf jene Frage geantwortet, sondern eine einigermaßen zweideutige Antwort gegeben, die Kläger als Bejahung, Verklagter als Verneinung auffaßt. Streitigkeiten dieser Art sind nicht etwa nur selten. Ein großer Theil des in unsern Prozessen vorkommenden Behauptens und Leugnens bewegt sich auf diesem Gebiet. Wirkliche Thatsachen werden weit seltner bestritten, weil bei ihnen die Wahrheit eine zu große Macht übt. Es ist daher stets das Streben der Parteien, für die Thatsachen einen Ausdruck zu finden, der sich in wirklichem oder scheinbarem guten Glauben als wahr verteidigen läßt. In Fällen der gedachten Art hat nun der Richter die Aufgabe, den scheinbaren Widerspruch aufzulösen, dadurch, daß er womöglich über die zweideutige Bezeichnung der Thatsachen hinweg zu den wirklichen Thatsachen durchdringt. Für diesen Zweck ist das bei der mündlichen Verhandlung dem Richter zustehende Fragerecht von unschätzbarem Wert. Er würde also in dem oben gedachten Falle zu fragen haben: „Was ist auf die Frage des Klägers vom Verklagten eigentlich geantwortet worden?“ Gelingt es dem Richter, auf diesem Wege die wirklichen Thatsachen festzustellen, dann hat der Parteienstreit nicht mehr seine Lösung zu finden durch eine Beweisführung, sondern durch die richterliche Beurteilung, die natürlich nicht nach „freier Überzeugung,“ sondern nach den maßgebenden Rechtsregeln zu geschehen hat.

Für unsre weitere Ausführung kommt jedoch diese Art von „streitigen Behauptungen“ nicht weiter in Betracht. Wir unterstellen vielmehr den Fall, daß eine wirkliche Thatsache, von der das Recht der Parteien abhängt, zwischen ihnen streitig ist; daß also, um bei dem oben gedachten Beispiele zu bleiben, Kläger behauptet, Verklagter habe die bei den Verhandlungen gestellte Frage mit „ja“ beantwortet; während Verklagter dies leugnet, vielmehr „nein“ geantwortet zu haben behauptet. Liegt ein solcher Widerstreit vor, so ist die Lage des Richters zunächst die: er hat keinen Grund, der einen Partei mehr zu glauben als der andern. Er kann also bezüglich der streitigen Thatsache zunächst nur sagen: „Ich weiß es nicht!“ Non liquet. Wie überwindet nun der Richter, der doch über die Sache ein Urteil geben soll, dieses Non liquet? Daß diese Lösung des Non liquet keine willkürliche sein soll, ergiebt sich schon aus dem weitern Satze des § 259: „In dem Urteile sind die Gründe anzugeben, die für die richterliche Überzeugung leitend gewesen sind.“ Natürlich müssen diese Gründe logisch gedachte sein.

Zur Lösung dieser Aufgabe weist das Gesetz den Richter zunächst an, er soll den gesamten Inhalt der Verhandlungen in Betracht ziehen. Diese genügen vielleicht schon, um für ihn die Überzeugung zu begründen, daß die Behauptung des einen oder des andern Teils wahr sei. Es können nämlich bei den Verhandlungen durch das Zugeständnis der Parteien Thatsachen festgestellt sein, die auf die Wahrheit oder Unwahrheit der zwischen den Parteien streitigen Thatsachen einen vernünftigen Schluß zulassen. Diese Art, die richterliche Überzeugung zu begründen, ist nicht neu. Sie ist längst bekannt, vorzugsweise freilich im Strafprozeß, unter dem Namen des Indizienbeweises. Leider war die Anschauung von der Zulässigkeit dieses Beweises auch im Zivilprozeß manchen Richtern entschwunden; und insofern ist es verdienstlich, daß die Zivilprozeßordnung diesen Gedanken wieder belebt hat. Andrerseits ist die Bedeutung dieses Indizienbeweises in Zivilsachen

doch nicht allzu hoch anzuschlagen; und zwar deshalb, weil die Parteien, wenn sie eine entscheidende Thatsache bestreiten wollen, in der Regel auch so schlau sind, die weitern (vielleicht an sich gleichgiltigen) Thatsachen zu bestreiten, die auf die Wahrheit jener Thatsache schließen lassen. Die Bedeutung von Indizien im Zivilprozeß geht daher meistens nicht über eine unterstützende Wirksamkeit hinaus.

Wo nun ein solcher Indizienbeweis fehlt, auch der Richter nicht etwa von Amts wegen durch Augenschein sich eine Überzeugung von der materiellen Wahrheit verschaffen kann, da ist es Aufgabe der Parteien, durch Erbringung positiver Gründe für die Wahrheit ihrer Behauptungen das richterliche Non liquet zu überwinden, d. h. Beweis zu führen. Gesetzt, die Parteien benennen zu diesem Zwecke Zeugen, und diese dem Richter völlig glaubwürdig erscheinenden Zeugen bekunden übereinstimmend, wie es sich mit der streitigen Thatsache verhält (daß also, in dem obigen Beispiel, Verklagter auf die Frage des Klägers nicht „ja," sondern „nein" geantwortet habe), dann wird der Richter wahrscheinlich die Überzeugung gewinnen, daß die Behauptung des einen Teils (also in unserm Beispiele die des Verklagten) wahr sei; und diese positiv begründete Überzeugung schließt zugleich die Überzeugung in sich, daß die Behauptung des andern Teils (des Klägers) unwahr sei.

Gesetzt aber, die Zeugen sagten nichts Erhebliches aus, oder sie widersprächen sich in der Art, daß der Richter weder zu Gunsten der einen noch der andern Partei eine positive Überzeugung gewinnen könnte, oder auch die Parteien hätten gar keine Beweismittel gebracht: dann bleibt es also bei dem richterlichen Non liquet. Der Richter muß aber doch ein Urteil geben. Wie hat er denn nun zu erkennen?

Die Antwort darauf giebt ihm die Lehre von der Beweislast. Daß die Prozeßordnung diese Lehre hat aufrecht erhalten wollen, ist unzweifelhaft. Man braucht nur, um sich davon zu überzeugen, z. B. auf ihre Bestimmung in § 412 zu blicken. In der That würden mit Beseitigung dieser Lehre

die gesamten Grundlagen unsrer Rechtsordnung auseinandergesprengt sein. Die Aufrechterhaltung der Lehre von der Beweislast bedeutet aber nichts andres, als daß das richterliche Non liquet nach wie vor im Prozesse seine Geltung behält. Sie bedeutet, daß, wenn der Richter die thatsächliche Behauptung weder des einen noch des andern Teils als wahr, beziehungsweise unwahr, zu erkennen vermag, er zu Ungunsten dessen zu entscheiden hat, den die Beweislast trifft. Wäre der Richter in der Lage, stets zu erkennen, welche von den beiderseitigen Behauptungen wahr oder unwahr sei, so wäre die Lehre von der Beweislast überflüssig. Die Beweislast richtet sich nun aber nicht nach „freier Überzeugung," sondern nach bestimmten Rechtsregeln, die teils aus der allgemeinen Natur der Dinge sich ergeben, teils mit der Natur der einzelnen Rechtsverhältnisse genau zusammenhängen. Wenn also in dem oben gedachten Beispiele die Beweislast den Kläger trifft, und wenn ein zureichender Beweis nach keiner Seite erbracht wäre, so würde der Richter den Kläger abzuweisen haben, indem er dessen Behauptung im Sinne der Prozeßordnung für „nicht wahr" erklärte. Daß er dies aber thut und nicht etwa die Behauptung des Verklagten, für die ebensowenig Beweis erbracht ist, für „nicht wahr" erklärt, ist kein Ergebnis „freier Überzeugung," sondern bestimmter Rechtsregeln, eben der Regeln über die Beweislast. Daß diese Regeln die Natur bestimmter Rechtsregeln haben, findet unter anderm auch darin seine Anerkennung, daß Verstöße in Beurteilung der Beweislast beim Reichsgericht als Revisionsgrund gelten.

Die „freie Überzeugung," nach der der Richter entscheiden soll, ob eine Thatsache „wahr oder nicht wahr" sei, beschränkt sich hiernach darauf, daß der Richter nach freier Überzeugung, d. h. nach menschlich verständigem Ermessen, zu beurteilen hat, ob für die Wahrheit einer streitigen Thatsache, diese vom Standpunkt der beweispflichtigen Partei bemessen, ausreichende Gründe vorliegen oder nicht.

Um die Wahrheit der Thatsache zu verneinen, braucht er aber durchaus nicht von deren Unwahrheit überzeugt zu sein. Dieses von ihm verlangen, hieße etwas Unmögliches verlangen. Er kommt sehr häufig nicht weiter als zu seinem Non liquet. Und dieses genügt, um der beweispflichtigen Partei gegenüber die Thatsache als „nicht wahr" zu erklären.[1])

Für den nächsten Zweck des je vorliegenden Prozesses ist es nun in der Regel gleichgiltig, ob der Richter eine Thatsache für nicht wahr (d. h. nicht bewiesen) oder für unwahr (d. h. positiv widerlegt) ansieht. Beides hat zunächst die nämliche Wirkung. Der richterliche Ausspruch bedeutet formal immer nur das erstere, weil es nur darauf ankommt, und der letztere Ausspruch kein Ziel mehr hat.

Die Sache gewinnt aber Erheblichkeit, wenn wir an die streitige Thatsache noch weitere Rechtsfolgen geknüpft denken, bei denen die Beweislast nicht die nämliche bleibt. Dann kann die Frage entstehen: Ist der Ausspruch des „nicht wahr" identisch mit einem Ausspruch des „unwahr"?

Denken wir uns, A und B haben eine Wette eingegangen, ob die Thatsache X eintreten werde oder nicht. Gesetzt, A tritt klagend gegen B auf mit der Behauptung, X sei eingetreten, und B müsse ihm deshalb die Wette bezahlen. B bestreitet, daß X eingetreten sei. Dann muß ohne Zweifel A, um seinen Anspruch auf den Wettgewinn zu begründen, Beweis führen. Gesetzt, er vermag diesen Beweis nicht zu führen, dann muß ihm gegenüber der Richter die Behauptung, daß X eingetreten sei, im Sinne der Prozeßordnung für „nicht wahr" erklären und ihn mit seinem Anspruch aus der Wette abweisen. Folgt daraus nun, daß B die Wette gewonnen hat, und kann dieser

1) Deshalb bedarf es auch, wenn die beweispflichtige Partei keinen Beweis angetreten hat, keiner Erhebung des Gegenbeweises. In diesem materiellen Sinne besteht der Begriff des Gegenbeweises auch im heutigen Prozesse noch fort; und der Ausspruch der Motive, „daß mit dem Beweissystem der Zivilprozeßordnung der Begriff des Gegenbeweises unvereinbar sei," ist unrichtig.

ohne weiteres den Wettgewinn von A fordern? Keineswegs! Um seinerseits den Wettgewinn zu fordern, muß B beweisen, daß X nicht eingetreten sei. Kann er hierfür keinen positiven Beweis erbringen, so hat der Richter gerade so gegen ihn als Beweispflichtigen anzunehmen, daß seine Behauptung „nicht wahr" sei, wie er dies früher dem A gegenüber bezüglich der umgekehrten Behauptung angenommen hat. Und darnach hat er auch ihn abzuweisen. Das ist durchaus kein Widerspruch.

Für Gott den Allwissenden giebt es allerdings nur eine Alternative: eine Thatsache ist eingetreten oder nicht eingetreten. Für den menschlichen Richter giebt es aber noch ein Drittes, das Non liquet. Und dieses Non liquet äußert unter Umständen seine Wirksamkeit nach beiden Seiten hin. Darüber kann auch keine freie Beweistheorie hinweghelfen.

Diese Erkenntnis vermag auch über die Bedeutung des Eides im Prozesse größere Klarheit zu verbreiten. Sind wir auch bei Anwendung des Eides an die positiven Bestimmungen der Prozeßordnung gebunden, so ist es doch nützlich, sich auch über diese Bestimmungen hinaus den freien Blick über das, was aus der Natur der Dinge sich ergiebt, zu bewahren.

Der Eid hat allerdings eine gewisse materielle Beweiskraft, indem er die durch ihn unterstützte Aussage relativ glaubhafter macht. In dieser materiellen Bedeutung übt der Eid seine Wirkung zunächst als Zeugeneid. Aber auch wenn der Richter nach § 437 der Z.-P.-O. bei nicht völlig zureichendem Beweise einer der Parteien einen sogenannten Ergänzungseid auflegt, macht er von der materiellen Beweiskraft des Eides Gebrauch. Indem der Richter auf einen solchen Eid erkennt, erklärt er: „In Verbindung mit den bereits vorliegenden Beweisen wird für mich durch den hinzukommenden Eid der Partei — trotzdem daß dieser Eid an und für sich keine Glaubwürdigkeit in Anspruch nehmen kann — die zu beschwörende Thatsache dergestalt glaubwürdig, daß eine zureichende Überzeugung für mich begründet wird."

Anders steht die Sache bei dem zugeschobnen Eid. Der zugeschobne Eid kommt erst in Betracht, wenn alle andern Beweismittel fehlen oder versagt haben, auch nicht etwa Gegenbeweis schon erbracht ist (§ 411 Z.-P.-O.). In dieser Lage der Sache hätte also der Richter das Non liquet zu verwirklichen, d. h. gegen die beweispflichtige Partei zu erkennen. Da gestattet nun das Gesetz noch der beweispflichtigen Partei, dem Gegner „den Eid zuzuschieben." Was will damit die Partei? Will sie wirklich „durch den Eid" des Gegners beweisen? Aber wenn der Eid vom Gegner geschworen wird, so hat ja die zuschiebende Partei ihren Beweis nicht erbracht. Sie will also nicht durch den Eid des Gegners beweisen, sondern durch etwas ganz andres, nämlich durch das Geständnis des Gegners, das durch die Eidesauflage erzwungen werden soll. Sie will dem Gegner — und das Gesetz giebt ihr das Recht dazu — dadurch, daß ihm der Eid über das Gegenteil ihrer Behauptung abverlangt wird, einen Gewissenszwang anthun, ihre Behauptung einzugestehn. Natürlich muß, um diesen Gewissenszwang vollständig zu üben, der Eid auch wirklich abgenommen werden. Wird nun dieser Eid geleistet, so ist der Beweis verfehlt, und der Richter hat zu Ungunsten des Beweisführers zu erkennen, nicht etwa deswegen, weil er durch den Eid von der Unwahrheit der zu beweisenden Thatsache überzeugt sein müßte — denn diese Überzeugung kann möglicherweise sehr gering sein —, sondern weil es an jedem Beweis zu Gunsten des beweispflichtigen Teils mangelt, und nun das Non liquet zur Geltung gelangt.

Daraus folgt zunächst: der Richter kann nicht etwa, wenn die beweispflichtige Partei dem Gegner den Eid zuschiebt, sagen: „Dieser Eid würde nach der Persönlichkeit des Schwörenden mir doch keine Überzeugung gewähren, und deshalb lege ich den Eid gar nicht auf!" Es ist ganz einerlei, welche Überzeugung dieser Eid dem Richter gewährt. Nicht als Überzeugungsmittel für den Richter wird er der Partei auferlegt, sondern als Mittel, die Partei zum Geständnis zu

zwingen; und dieses Mittel kann der beweispflichtigen Partei nicht versagt werden. Eine weitere Folge ist aber die, daß der ausgeschworne negative Eid nur die Wirksamkeit des Non liquet begründet; daß er also nur das „nicht wahr," nicht aber auch das „unwahr" der zu beweisenden Thatsache feststellt; selbst wenn er seinem Wortlaut nach auf das „unwahr" gestellt sein sollte.

Nehmen wir wieder das Beispiel der oben gedachten Wette zur Hand. Gesetzt, A, der für sich den Wettgewinn in Anspruch nimmt, schiebt B über den Eintritt von X den Eid zu. B schwört diesen Eid aus dahin, daß X nicht eingetreten sei. Dann wird A mit seinem Anspruch abgewiesen. Kann nun etwa B ohne weiteres den Wettgewinn für sich in Anspruch nehmen, indem er sagt: „Durch meinen Eid steht fest, daß X nicht eingetreten ist. Folglich habe ich die Wette gewonnen"? Keineswegs! Der Nichteintritt von X ist durch den ausgeschwornen Eid des B nur im negativen Sinne zu Ungunsten des A festgestellt, nicht auch im positiven Sinne zu Gunsten des B. Es wäre ja möglich, daß kraft der freien Beweistheorie der Richter erklärte: „Durch den Eid des B habe ich (auch positiv) die Überzeugung gewonnen, daß die Thatsache X nicht eingetreten ist, und deshalb verurteile ich den A aus der Wette." Es bedürfte jedoch hierzu immer noch einer besondern Erwägung (über die persönliche Glaubwürdigkeit des B u. s. w.). Der Richter würde sich aber auch mit seiner frühern Entscheidung nicht in Widerspruch setzen, wenn er ausspräche: „Durch den Eid des B in dem Prozesse des A ist der Nichteintritt von X nur in dem Sinne festgestellt, daß A die Wette nicht gewonnen hat, nicht aber auch in dem Sinne, daß B die Wette gewonnen hat. Um letzteres anzunehmen, bedarf es noch des positiven Beweises, daß X nicht eingetreten sei, und dieser Beweis wird durch den frühern Eid des B nicht erbracht." Wenn nun B diesen Beweis nicht zu führen vermöchte, so würde er mit Recht abgewiesen werden. Und wenn er zu dessen Erbringung dem A den Eid zuschöbe,

ſo würde A berechtigt ſein, den Nichteintritt von X eidlich zu verneinen, mit der Wirkung, daß nun auch B mit ſeinem Anſpruch auf den Wettgewinn abgewieſen würde. Dieſer Eid würde allerdings, ins Poſitive überſetzt, dahin gehen, daß X eingetreten ſei, und würde ſolchergeſtalt zu dem frühern Eid des B in direkten Widerſpruch treten. Das läßt ſich aber nicht ändern. Es iſt Folge der prozeſſualiſchen Sachlage. Natürlich könnte auch keine von beiden Parteien — auch abgeſehen von der Möglichkeit eines Irrtums — ohne weiteres des Meineids bezichtigt werden.

Will die Partei, der der Eid zugeſchoben wird, den Eid nicht ſchwören, ſo knüpft das Geſetz nicht ohne weiteres für ſie die Folge daran, als geſtändig zu gelten. Vielmehr giebt es ihr das Recht, den Eid zurückzuſchieben, d. h. zu verlangen, daß der Beweispflichtige ſelbſt erſt die Wahrheit ſeiner Behauptung beſchwöre. Auch hier iſt der Gedanke der, daß der Zurückſchiebende darauf ſpekuliert, durch das Geſtändnis des Beweisführers Gegenbeweis zu erbringen, der ſeine eigne Ablehnung des Eides gerechtfertigt erſcheinen läßt. Dieſes Geſtändnis ſoll durch die Eidesauflage erzwungen werden Schwört nun der Beweisführer den zurückgeſchobnen Eid aus, ſo iſt dieſer Gegenbeweis mißlungen, und nun ſteht die Ablehnung des Eides ſeitens des Beweisgegners ohne Rechtfertigung da. Er wird verurteilt; aber nicht deshalb, weil der Richter durch den geleiſteten Eid des Beweisführers von der Wahrheit der Thatſache überzeugt ſein müßte. Das kann möglicherweiſe gar nicht der Fall ſein; und der Richter muß doch den Gegner verurteilen.

Gleichwohl iſt nicht zu verkennen, daß der dem Beweisführer zurückgeſchobne und von dieſem ausgeſchworne Eid, indem er poſitiv die Wahrheit der behaupteten Thatſache feſtſtellt, eine andre Bedeutung gewinnt als der nur negativ ausgeſchworne des Beweisgegners über die Nichtwahrheit der behaupteten Thatſache. Und wenn daher in dem oben gedachten Falle der Wette auf die Klage des A B den zuge-

schobnen Eid über den Eintritt von X an A zurückgeschoben und dieser ihn ausgeschworen hätte, so würde es sich rechtfertigen, damit auch den auf den Nichteintritt von X gegründeten Anspruch des B auf den Wettgewinn für ausgeschlossen zu erachten. Der Richter kann wohl dahin kommen, auf Grund des Non liquet die beiderseitigen Ansprüche aus der Wette zurückzuweisen, nicht aber auch, nachdem er den einen zuerkannt hat, auch noch den andern zuzuerkennen.

Man sieht hieraus, daß der Ausspruch in § 428 der Z.-P.-O.: „Durch Leistung des Eides wird voller Beweis der beschwornen Thatsache begründet," jedenfalls nicht so einfach ist, wie er auf den ersten Blick erscheint. Ohne Zweifel hat dieser Ausspruch nichts neues bestimmen wollen. Und deshalb kann er zunächst nur im formellen Sinne, d. h. dahin verstanden werden, daß der Richter nicht berufen sei, das durch den Eid Festgestellte vom Standpunkt freier Überzeugung zu beurteilen.

An die hier dargelegte Bedeutung des Schiedseids knüpfen wir noch folgende Betrachtungen.

Zunächst ergiebt sich daraus, wie verkehrt es war, wenn eine juristische Agitation, die selbst bis in die Reichsjustizkommission hineinreichte, darauf ausging, die Lehre vom Schiedseid zu beseitigen und eine „Vernehmung der Parteien als Zeugen" an die Stelle zu setzen. Diese Weisheit glaubte man dem englischen Prozeß entnehmen zu sollen, der ursprünglich gar keinen Eid der Parteien kannte und dann auf dieses klägliche Surrogat verfallen war. Ausdrücklich wurde diese neue Institution mit der freien Beweistheorie in Verbindung gebracht, für die sie die Krönung des Gebäudes bilden sollte. Bei ihrer Einführung hätte sich nun zunächst die Frage gestellt: Wer soll denn eigentlich als Zeuge vernommen werden? Beide Parteien? Oder nur eine? Sagt man, beide Parteien, so würde es sehr häufig dahin kommen, daß jede Partei eidlich das Gegenteil von dem aussagt, was die andre aussagt; und dann ist der Richter so klug wie vorher. Er steht

ratlos da. Der Parteieneid ist für ihn wertlos geworden. Sagt man aber: nur eine Partei soll vernommen werden, dann entsteht vor allem die Frage: welche von beiden? Natürlich würde sich jede Partei eifrigst dazu drängen, ihr Recht sich selbst zu bezeugen. Denn was wäre bequemer als das? Wollte man nun die Bestimmung der zu vernehmenden Partei frei dem Richter überlassen, so würde dieser auch die Partei dazu auswählen können, die wir jetzt als die beweispflichtige bezeichnen. Damit wäre die Lehre von der Beweislast thatsächlich in die Luft gesprengt. Denn das Charakteristische dieser Lehre besteht eben darin, daß, wenn es auf den Eid ankommt, die Partei die nächstberechtigte zum Eide ist, die vom Beweise frei ist. Eine Beseitigung dieser Regel wäre eine Revolution unsers Rechtslebens, wie man sie sich ärger kaum denken kann. Aber sicherlich würde sie nicht zum bessern führen. Wollte man dagegen die Auswahl der zu vernehmenden Partei in der Art beschränken, daß jederzeit die Partei als Zeuge zu vernehmen wäre, die nach den bisherigen Grundsätzen zum Schiedseide berechtigt war, so würde der Schaden allerdings nur darin liegen, daß an die Stelle einer genauen, durch Urteilsspruch gesicherten Bestimmung des von der Partei zu Beschwörenden eine mehr oder minder willkürliche Befragung durch einen einzelnen Richter träte, die bei etwaiger Befangenheit oder Ungeschicklichkeit des Richters oft die Partei in die peinlichste Lage bringen und zu häufigen Meineidsprozessen führen würde. Auch wir halten es für durchaus geboten, daß zur Klarstellung unbestimmter Behauptungen eine möglichst genaue Befragung der Parteien (beziehungsweise ihrer Vertreter) eintritt. (Siehe oben S. 227.) Aber diese Befragung gehört vor den Eid der Parteien, nicht hinter ihn. Hat der Richter in dem Vorverfahren diese Befragung gehörig geübt, dann wird es ihm auch möglich sein, genau zu bestimmen, worauf es ankommt, und darnach den Parteieneid zu formulieren. Die so häufig vorkommende Erscheinung, daß, den hinterhaltigen Behauptungen der Parteien

entsprechend, Eide unbestimmt oder unklar gefaßt werden, daß dann vielleicht erst im Eidestermine die wahren Thatsachen hervortreten und nun die Frage entsteht: kann darnach der Eid geschworen werden oder nicht? oder daß gar erst nach ausgeschwornem Eide die wirklichen Thatsachen kund werden und nun die Frage entsteht: hat die Partei einen Meineid geschworen? — alle diese Mißstände würden meistens vermieden werden, wenn der Richter von vornherein sich die Mühe gäbe, den Behauptungen der Parteien auf den Grund zu gehen und darnach die Eide festzustellen.[2]) Diese Mißstände aber durch Vernehmung der Parteien als Zeugen heilen wollen, hieße Zahnweh kurieren durch Kopfabschneiden.

Eine ähnliche Agitation war um die damalige Zeit darauf gerichtet, den Glaubenseid aus dem Zivilprozeß zu verbannen; und leider ist sie teilweise auch von Erfolg gewesen. Man sagt, es sei eine Härte gegen eine Partei, von ihr einen Glaubenseid zu verlangen, weil dieser Eid in seiner Unbestimmtheit das Gewissen allzusehr belaste. Auch könne

---

2) Hierfür folgendes Beispiel, das die „Berliner Gerichtszeitung" vom 17. Juli 1886 brachte. Dem Kläger war der Schiedseid rechtskräftig dahin auferlegt:

„Ich schwöre, daß ich dem Beklagten die in der Klagerechnung aufgeführten Waren am 13. März 1885 übergeben habe."

Im Eidestermin brachte der Beklagte den Nachweis bei, daß er am 13. März gar nicht an dem Orte der Übergabe gewesen sei. Nun erklärte der Kläger, daß er an gedachtem Tage die Waren einem Schiffer für den Beklagten übergeben habe, diese Übergabe aber nach §. 128 Teil I Titel 11 des A. L.-R. als an den Beklagten vollzogen anzusehen sei. Um letztere Frage drehte sich also eigentlich der Prozeß. Und hätte man das durch gehörige Befragung früher erkannt, so würde es zu gar keiner Eidesauflage gekommen sein. Wie das Gericht entschieden, ist nicht mitgeteilt. Die Gerichtszeitung meinte aber, der Kläger habe jedenfalls ein Recht erworben, durch Ausschwörung des zuerkannten Schiedseides den Prozeß zu erledigen. Das ist sicherlich falsch. Vielmehr hatte nun zunächst das Gericht zu entscheiden, ob die Übergabe an den Schiffer der Übergabe an den Beklagten gleichstehe. Wurde diese Frage verneint, so konnte Kläger den Eid nicht ausschwören.

der Glaubenseid keine Überzeuguug des Richters von der Wahrheit der Thatſache begründen; denn dafür ſei es gleichgiltig, ob die Partei die Thatſache glaube oder nicht.

Für das richtige Verſtändnis dieſer Lehre müſſen wir noch eine weitere Betrachtung vorausſchicken.

Daß im Prozeß bei Streit über Thatſachen die eine Partei mit dem Beweiſe belaſtet wird, während die andre davon frei iſt, iſt eine aus der Unvollkommenheit menſchlicher Verhältniſſe ſich ergebende Notwendigkeit. Dabei aber iſt nicht zu verkennen, daß die Beweislaſt für die damit behaftete Partei immer eine gewiſſe Härte in ſich trägt. Unzählige Rechte gehen an der Unmöglichkeit, Beweis zu erbringen, verloren. Wir fordern alſo Beweis von der einen oder der andern Partei nur deshalb, weil wir nicht anders durchkommen können; und wir wählen dazu die Partei, die nach der Natur des Verhältniſſes dieſe Ungunſt am wenigſten hart trifft. Um ſo mehr aber ſind wir verpflichtet, dieſer mit dem Beweis belaſteten Partei auch alle einigermaßen geeigneten Mittel zu gewähren, um die Wahrheit zu Tage zu fördern. Und darauf beruht es, daß wir im Zivilprozeß, trotz der Bedenken, die der Parteieneid durch die in ihm liegende Verſuchung zum Meineide in ſich trägt, das Recht gewähren, über die Wahrheit ihrer Behauptungen vom Gegner den Eid zu verlangen; während man im Strafprozeß es längſt aufgegeben hat, den Beweis gegen den Angeſchuldigten durch Auflage eines Eides zu verſuchen.

Wenn nun der Beweisgegner erklärt: „Ich kann die Thatſache, die die Jenſeite behauptet, nicht eidlich verneinen, weil ich keine unmittelbare Wiſſenſchaft davon habe; ich halte mich aber für berechtigt, ſie zu beſtreiten, weil ich nicht glaube, daß ſie wahr iſt," — kann es dann wohl eine Härte genannt werden, wenn der Beweisführer erwidert: „Dann beſchwöre wenigſtens deinen guten Glauben!" —? Das iſt eben das geringſte, was der Beweispflichtige in ſeiner ſchwierigen Lage verlangen kann. Wenn der Beweisgegner nicht einmal ſeinen

guten Glauben beschwören kann, mit welchem Rechte leugnet er dann die Thatsache, die der andre versichert? Und wenn man sagt, ein solcher Glaubenseid treffe den Schwörenden zu hart, so verkennt man, daß die Versagung dieses letzten Mittels zur Erforschung der Wahrheit den mit dem Beweis Belasteten noch weit härter trifft. Es ist auch nicht richtig, wenn man meint, daß ein solcher Glaubenseid stets in der Luft schwebe. Die Sache kann so liegen, daß der Schwurpflichtige, wenn er einigermaßen gewissenhaft ist, keineswegs imstande ist, ihn zu leisten, und sich deshalb zu einem Geständnis bequemen muß. Es liegt z. B. eine Urkunde vor, deren Echtheit der Beweisgegner, trotzdem ihm die Handschrift sehr wohl bekannt ist, ableugnet. Ist es da wohl Gerechtigkeit, wenn er damit abkommt, zu sagen: „Einen Wissenseid kann ich nicht schwören, einen Glaubenseid brauche ich nicht zu schwören"?

Wenn man dann weiter sagt: der Glaubenseid einer Partei könne den Richter doch von der Wahrheit der Thatsachen nicht überzeugen, so ist dies zunächst insofern nicht ganz richtig, als unter Umständen die Überzeugung des Richters von der Wahrheit einer Thatsache doch verstärkt werden kann dadurch, daß er von dem guten Glauben der Partei, die den thatsächlichen Verhältnissen meist näher steht, sich Überzeugung verschafft. Aus diesem Gesichtspunkt ist es auch durchaus nicht unverständig, wenn der Richter seinen Urteilsspruch an einen nach § 437 Z.-P.-O. auferlegten Eid knüpft, der nur als Glaubenseid ausgeschworen werden kann. Für den zugeschobnen Eid trifft aber jener Gegengrund schon deshalb nicht zu, weil dessen Ausschwörung gar nicht dazu bestimmt ist, die richterliche Überzeugung zu begründen. (Vgl. S. 233.)

Die Zivilprozeßordnung (§ 410 und 413) hat jener Agitation halb Folge gegeben und halb nicht. Sie hat bei der Eideszuschiebung und Zurückschiebung den Glaubenseid über Handlungen des Rechtsvorgängers oder Vertreters des Schwurpflichtigen (in Hinblick auf „die unbeweisbaren Bedürfnisse des

Rechtslebens," sagen die Motive) beibehalten, im übrigen aber abgeschafft. Das ist durchaus inkonsequent. Denn wenn die Gründe, die man gegen den Glaubenseid anführt, richtig wären, so könnte auch über Handlungen eines Rechtsvorgängers oder Vertreters der Glaubenseid nicht bestehen bleiben. Immerhin ist es ein wahres Glück, daß wenigstens für diesen wichtigsten Fall die Prozeßordnung den Glaubenseid aufrecht erhalten hat. Die Motive führen in anschaulicher Weise aus, wie an die Versagung desselben sich öfters für die beweispflichtige Partei das Gefühl völliger Rechtlosigkeit knüpfen würde. Das trifft aber nicht bloß bei jenen vorbehaltnen Ausnahmen, sondern in viel weiterm Umfange zu. Wo daher jene Ausnahmen nicht helfen, wird der Richter wenigstens zu erwägen haben, ob er nicht durch einen nach § 437 aufzulegenden richterlichen Eid dem Mangel des Gesetzes nachhelfen könne.

Die Agitation gegen den Glaubenseid hat in der Prozeßordnung noch zu einer andern Änderung geführt, die gleichfalls für eine Verbesserung nicht zu halten ist. Die frühern Formen, in denen der Glaubenseid auferlegt wurde, waren für den verneinenden Eid:

> daß der Schwurpflichtige nicht wisse und nicht glaube, ...;

für den bejahenden Eid:

> daß der Schwurpflichtige nicht anders wisse, vielmehr glaube, ...

Statt dessen soll nach § 424 Z.-P.-O. der Glaubenseid dahin geleistet werden:

> daß der Schwurpflichtige nach sorgfältiger Prüfung und Erkundigung die Überzeugung erlangt habe oder nicht erlangt habe, daß die Thatsache wahr sei.

Die Motive sagen dazu: „Die gewählte Form des Überzeugungseides nimmt auf die Gewissenhaftigkeit des Schwurpflichtigen die gebührende Rücksicht und dürfte geeignet sein, die leichtsinnige Leistung von Eiden nach Möglichkeit zu verhüten." Nun ist es ja richtig, daß der bejahende Glaubenseid einigermaßen verstärkt wird, wenn der Eidespflichtige schwören

muß, von der Wahrheit der Thatsache „die Überzeugung“ erlangt zu haben. Für den weit häufigern und wichtigern Fall des verneinenden Glaubenseides enthält dagegen die Form: „nicht die Überzeugung erlangt zu haben“ nicht eine Schärfung, sondern eine Abschwächung des Eides, die dessen leichtsinnige Ausschwörung nur fördern kann. Auch steht dahin, wie sich der Schwurpflichtige mit jener Formel abfinden soll in Fällen, wo er „Erkundigungen“ über die Wahrheit der Thatsache einzuziehen gar nicht imstande war.

Beachtung verdient noch, daß der verneinende Glaubenseid nicht etwa dahin reguliert ist:

daß der Schwurpflichtige die Überzeugung erlangt habe, daß die Thatsache unwahr sei;

sondern nur dahin:

daß er die Überzeugung nicht erlangt habe, daß die Thatsache wahr sei.

In dieser durchaus sachentsprechenden Formulierung des verneinenden Glaubenseides tritt die nur negative Natur des verneinenden Eides überhaupt klar hervor.

Es giebt noch eine Lehre, die gleichfalls die noch fortdauernde Wirksamkeit des richterlichen Non liquet zur Anschauung zu bringen geeignet ist. Das ist die Lehre von der Beleidigung durch Behauptung ehrenrühriger Thatsachen. Ist diese Behauptung auf eine Handlung gerichtet, die Gegenstand gerichtlicher Feststellung wird, und wird hierbei diese Handlung nicht als erwiesen angenommen, so entsteht die Frage: ist nun die Behauptung jener Thatsache als Beleidigung oder Verleumdung zu bestrafen? Auch diese Frage ist unter Umständen zu verneinen, sodaß also auch hier wieder das Non liquet sich nach beiden Seiten hin geltend macht. Der Beschuldigte wird nicht wegen der ihm schuld gegebnen Handlung bestraft, weil die Wahrheit der Anschuldigung nicht erwiesen ist. Der Beschuldiger kann aber auch nicht wegen Beleidigung bestraft werden, weil die Unwahrheit der Anschuldigung nicht erwiesen ist. Zur nähern Darlegung dieser

nicht ganz einfachen Lehre würde jedoch eine Auseinandersetzung nötig sein, die in den Rahmen dieses Aufsatzes nicht gut paßt. Ich behalte mir vor, in einem besondern Aufsatze darauf zurückzukommen.

Die freie Beweistheorie versetzt den Richter keineswegs in die Lage, sich über das Wahr oder Unwahr einer Thatsache stets eine positive Überzeugung zu bilden. Er muß auch heute noch öfters mit dem Non liquet sich begnügen. Dieses Non liquet gilt im Sinne der Prozeßordnung als „nicht wahr" zu Ungunsten dessen, den die Beweislast trifft. Es ist ein Irrtum, zu glauben, der Richter könne wirklich, einem Gotte gleich, über Wahrheit oder Unwahrheit aller Thatsachen nach freier Überzeugung entscheiden.

Die Beweislast in Betreff der Wahrheit oder der Unwahrheit bei Verantwortlichmachung wegen übler Nachrede

[Jahrbücher der Dogmatik, Bd. 26, 1887]

In einem Aufsatze des vorletzten Heftes dieser Jahrbücher habe ich darzulegen versucht, wie auch unter der Herrschaft der freien Beweistheorie das richterliche Non liquet bestehen bleibt und unter Umständen seine Wirksamkeit in der Art übt, daß der Richter, ohne in Widerspruch mit sich selbst zu geraten, die nämliche Thatsache in einer Beziehung (negativ) als nicht wahr und gleichwohl in einer andern Beziehung doch nicht (positiv) als unwahr anzunehmen hat. Hier soll weiter ausgeführt werden, wie diese Lehre in der rechtlichen Behandlung der Beleidigung durch üble Nachrede eine Bedeutung gewinnt.

Der Rechtsschutz gegen ehrenrührige Behauptungen ist zwar zur Zeit ausschließlich auf das Gebiet der Strafrechtspflege verwiesen. So wie aber der Anspruch auf diesen Rechtsschutz ein durchaus individueller ist, so hat auch die betreffende Rechtslehre eine ganz und gar zivilrechtliche Natur, und zwar ist sie eine sehr feine Lehre.

Das preußische Strafgesetzbuch enthielt in § 156 die Bestimmung:

„Wer in Beziehung auf einen andern unwahre Thatsachen behauptet oder verbreitet, die denselben in der öffentlichen Meinung dem Hasse oder der Verachtung aussetzen,

macht sich der Verleumdung schuldig und wird mit Gefängnis . . . bestraft."

„Unwahre Thatsachen" — was bedeutete das? Mußte der Ankläger zur Begründung seiner Anklage den Beweis der Unwahrheit oder der Angeklagte zu seiner Verteidigung den Beweis der Wahrheit führen? Das ließ § 156 unbestimmt. Freilich war nun in den folgenden Paragraphen mehrfach von dem zu führenden „Beweise der Wahrheit" die Rede, sodaß man dadurch zu der Ansicht gelangen konnte, es sei eine Behauptung der fraglichen Art stets als Verleumdung zu strafen, wenn nicht vom Angeklagten der Beweis der Wahrheit geführt werde.

Wirklich zog diese Folgerung der auf Grundlage des preußischen Gesetzes ausgearbeitete Entwurf des deutschen Strafgesetzbuchs, indem hier das Wort „unwahr" vor „Thatsache" ersetzt war durch den Zwischensatz: „wenn nicht die Thatsache erweislich wahr ist." In den Motiven wurde freilich anerkannt, daß die Nichterbringung des Beweises der Wahrheit nicht ausschließe, daß die Thatsache doch wahr sein oder daß der Behauptende wenigstens in gutem Glauben gehandelt haben könne. Für diesen Fall einer „culposen Verleumdung" sollte es eben ausreichen, daß am Schlusse des Paragraphen auf „mildernde Umstände" Bezug genommen war, sodaß also in solchen Fällen auf eine ganz geringe Strafe herabgegangen werden könne.

Erst im Reichstag ward auf Grund der Arbeiten einer sogenannten freien Kommission die jetzt in den §§ 186 und 187 vorliegende Änderung in das Gesetz hineingebracht.[1] Es soll der, der in Beziehung auf einen andern eine ehren-

1) Die Anträge der freien Kommission wurden im Plenum von dem Abgeordneten Lasker vertreten. Der Gedanke, beide Fälle der Beleidigung so, wie geschehen, zu trennen, rührte aber von mir her. Auch die auf gleiche Weise in den § 193 gelangten Worte „zur Wahrnehmung berechtigter Interessen" waren auf meinen Vorschlag in die Anträge der freien Kommission aufgenommen.

rührige Thatsache behauptet, „wenn diese Thatsache nicht erweislich wahr ist," wegen „Beleidigung" gestraft werden. Und es soll der, der eine derartige Thatsache behauptet, „wenn er dies wider besseres Wissen thut," wegen „verleumderischer Beleidigung" gestraft werden. Für das letztere Vergehen ist die Strafe höher bemessen. Der Unterschied zwischen beiden Vergehen ist also folgender. In dem ersten Falle wird der bestraft, der die Wahrheit der übeln Nachrede seinerseits nicht beweisen kann. In dem zweiten Fall muß dagegen wider den Angeschuldigten der Beweis erbracht werden, daß er wider besseres Wissen geredet. Als objektive Grundlage dieses Beweises muß aber vor allem der Beweis der Unwahrheit der behaupteten Thatsache erbracht werden. Unter Umständen — wenn nämlich nach der Sachlage die Annahme eines Irrtums ausgeschlossen ist — wird dieser Beweis des Objektiven allein schon genügen, um die Nachrede auch subjektiv als wider besseres Wissen verübt erkennen zu lassen. Der charakteristische Gegensatz zwischen beiden Vergehen liegt also darin, daß bei dem ersten der Angeklagte den Beweis der Wahrheit als Entschuldigungsbeweis, bei dem letzten der Ankläger den Beweis der Unwahrheit als Anschuldigungsbeweis zu erbringen hat. In dem ersten Falle kommt das Non liquet dem Ankläger, in dem letzten dem Angeklagten zu statten.

Liegt nun bei dieser durch das Gesetz gegebnen Möglichkeit, in zweifacher Weise eine ehrverletzende Behauptung zu verfolgen, etwa die Sache so, daß der, der sich durch die Behauptung beleidigt glaubt, stets die Wahl hat, entweder nach § 186 Anklage zu erheben und damit dem Gegner den Beweis der Wahrheit zuzuwälzen, oder selbst den Beweis der Unwahrheit zu übernehmen und damit nach § 187 Anklage zu erheben? Das Strafgesetzbuch sagt darüber nichts Bestimmtes. Wir müssen aber seinen Inhalt nach wissenschaftlichen Grundsätzen ergänzen. Und darnach ist keineswegs unbedingt ein solches Wahlrecht anzuerkennen.

Während die Strafbarkeit dessen, dem nachgewiesen wird, daß er objektiv unwahr und wider besseres Wissen eine ehrverletzende Thatsache behauptet hat, dem natürlichen Gefühl ohne weiteres einleuchtet, könnte es umgekehrt als eine Härte erscheinen, daß auch schon der verantwortlich gemacht werden soll, der den Beweis einer von ihm behaupteten Thatsache nicht zu erbringen vermag. Es liegt auf der Hand, daß, obschon dieser Beweis nicht erbracht wird, die Thatsache doch wahr sein kann, und dann wird der Angeschuldigte dafür gestraft, daß er die Wahrheit gesagt. Gleichwohl ist es eine menschliche Notwendigkeit, auch schon in diesem Falle dem von der Behauptung Betroffenen einem solchen gegenüber, der unberufen die üble Nachrede geführt hat, Rechtsschutz zu gewähren. Thäte man das nicht, so würde jeder ohne Scheu die Ehre andrer öffentlich herabreißen können, in der Erwartung, daß die Unwahrheit nicht nachzuweisen stehe, was zu einem unerträglichen Zustande führen würde. Wer unberufen ehrenrührige Nachreden führt, wer also, wie man zu sagen pflegt, seinen Mund spazieren gehen läßt, muß auch bereit sein, die Verantwortung dafür zu tragen. Kann er den Beweis der Wahrheit nicht erbringen, so wird seine Behauptung mit Recht als „nicht wahr“ angenommen.

Beiläufig bemerkt, ist es eine Unvollkommenheit unsers Rechtszustands, daß es dem durch üble Nachrede Verletzten nur gestattet ist, im Wege der Strafanklage gegen die Nachrede Schutz zu suchen. Das Recht auf diesen Schutz hat unzweifelhaft einen privatrechtlichen Charakter. Es müßte deshalb dem Verletzten, mindestens alternativ mit jenem Recht der Anklage, das Recht gewährt sein, auf Nichtwahrerklärung der Nachrede durch den Richter im Zivilrechtswege zu klagen. Oftmals wird in diesem Ausspruch des Richters das ganze Interesse des Verletzten liegen. Andrerseits liegt auch schon in diesem Ausspruch, in Verbindung mit der Verurteilung in die Prozeßkosten, eine Bestrafung dessen, der die Nachrede geführt hat. Die Beschränkung des Klägers auf die Straf-

anklage kann leicht zu einer wahren Rechtsverkümmerung führen. Das Recht des durch die Nachrede Verletzten, einen richterlichen Ausspruch über das Nichtwahr der Nachrede zu erlangen, ist dadurch von allen den Zufälligkeiten abhängig gestellt, die vielleicht eine Bestrafung des Thäters ausschließen. Überdies ist beiden Teilen durch die Beschränkung auf den Strafrechtsweg das Beweismittel der Eideszuschiebung entzogen; wodurch namentlich dem Angeklagten die Führung des Beweises der Wahrheit in einer durchaus ungerechtfertigten Weise erschwert wird.

Nach dieser Zwischenbemerkung nehme ich den Faden meiner obigen Erörterung wieder auf. Ich sagte, den, der eine üble Nachrede geführt, treffe die Beweislast für den Beweis der Wahrheit mit Recht, wenn er unberufen geredet habe. Damit ist aber auch die Grenze bezeichnet, innerhalb deren dieser Beweis von ihm verlangt werden kann. Die Sache stellt sich anders, wenn er einen Beruf hatte zu reden. In unserm Strafgesetzbuch ist dieser Gedanke nur in einer ziemlich unvollkommnen Weise zu Tage getreten. Wir müssen ihn uns aus dem § 193, der sehr verschiedenartige Dinge als regelmäßig straffrei zusammenstellt, und zwar aus den Worten: „Äußerungen, die zur Ausführung oder Verteidigung von Rechten oder zur Wahrnehmung berechtigter Interessen gemacht werden," herausfinden.

Wir können uns die Sache am besten an einem Falle klar machen, wo der Beruf zu reden am wenigsten zweifelhaft ist; wo nämlich der Redende eine strenge Rechtspflicht geübt hat. Denken wir uns, es würde jemand als Zeuge vernommen (und zwar unbeeidigt, sodaß eine Meineidsfrage gar nicht in Betracht käme). Er bekundete von einem andern eine schlechte Handlung, die er allein nur gesehen hätte, und für die deshalb kein weiterer Beweis erbracht werden könnte. Der Richter hielte auch durch diese alleinstehende Aussage des Zeugen den Beweis der bekundeten Handlung nicht für erbracht. Würde nun der von jener Behauptung Betroffne

gegen den Zeugen auftreten und verlangen können, daß dieser wegen Beleidigung bestraft werde, wenn er nicht den Beweis der Wahrheit führe? Sicherlich nicht! Der Zeuge hatte eine Pflicht zu reden, und deshalb kann er nicht im Wege des § 186 verantwortlich gemacht werden. Nur der § 187 würde gegen ihn Anwendung finden; d. h. er könnte nur bestraft werden, wenn ihm die Unwahrheit der bezeugten Thatsache nachgewiesen würde. Auch hier liegt zwischen der Wahrheit und Unwahrheit der schuldgegebnen Handlung ein Non liquet, das möglicherweise sowohl dem der Handlung Beschuldigten als dem der Verleumdung Angeklagten zu gute kommt.

In dem vorstehenden Rechtsfall, wenn er so vorkäme, würde wohl kaum ein Richter zweifelhaft sein. Aber in einem verwandten Rechtsfalle wird nicht selten von Richtern gefehlt. Nach vielen Landesgesetzgebungen ist die Dienstherrschaft verpflichtet, dem abgehenden Dienstboten über seine Führung ein Zeugnis auszustellen. Nach §§ 113 und 124 der Gewerbeordnung können auch Gesellen und Lehrlinge beim Abgang ein solches Zeugnis fordern. Wie nun, wenn in einem solchen Zeugnis ein übles Betragen des Abgehenden bekundet und die Frage der Wahrheit dieses Zeugnisses vor Gericht gebracht wird (vgl. auch § 108 der Gewerbeordnung): wer hat Beweis zu führen? Nimmt man an, wie dies nicht selten Richter thun, daß der Dienstherr den Beweis der Wahrheit führen müsse, so kann kaum ein Dienstherr noch wagen, ein wahrheitsgemäßes Zeugnis auszustellen. Und daher kommt es, daß solche Zeugnisse in der Regel ohne Wert sind. Erinnert man sich aber, daß die Ausstellung des Zeugnisses eine Pflicht des Dienstherrn ist, so wird man dahin gelangen, von dem Dienstboten den Beweis der Unwahrheit zu fordern. Dies schließt freilich nicht aus, daß, wenn der Dienstherr sein ungünstiges Zeugnis in die Form eines allgemeinen Urteils eingekleidet hat (z. B. der Dienstbote habe sich nicht treu u. s. w. betragen), man von ihm verlangen darf, daß er nähere That-

sachen zur Begründung seines ungünstigen Urteils angebe. Denn ohne diese Angabe von Thatsachen würde der Dienstbote den Beweis der Unwahrheit gar nicht führen können. Giebt jener aber solche Thatsachen an und bleiben diese streitig, so wird dem Dienstboten es obliegen, den Beweis der Unwahrheit zu erbringen. Nur auf diese Weise wird der Dienstherr in Ausübung seiner Zeugnispflicht geschützt.

Aber nicht allein da, wo eine Rechtspflicht im engern Sinne zum Reden nötigt, sondern auch da, wo der Beruf zum Reden durch eine moralische Pflicht oder ein wohlberechtigtes Interesse begründet wird, darf der, der einen andern beschuldigt, nicht mit dem Beweis der Wahrheit belastet werden.

Aus meiner ältern (hessischen) Praxis ist mir ein hier einschlagender Fall erinnerlich, an dem ich zuerst über diese Lehre zu größerer Klarheit gelangte. Eine Frau hatte dem Pfarrer des Orts vertraulich die Anzeige gemacht, daß, wie sie durch Belauschung erfahren, der Schulmeister mit ihrer Tochter (einer verheirateten Frau) in verbotenem Verhältnis stehe. Der Pfarrer machte dem Schullehrer darüber Vorhalt; und nun erhob dieser gegen jene Frau eine Injurienklage. In erster Instanz wurde von der Verklagten der Beweis der Wahrheit verlangt, und da sie außer ihrer eignen Wahrnehmung kein Beweismittel hatte, so wurde sie verurteilt. Die höhere Instanz aber sprach aus, daß die Verklagte, da sie mit ihrer Anzeige beim Pfarrer ein wohlberechtigtes Interesse verfolgt habe, nur verurteilt werden könne, wenn ihr gegenüber der Beweis der Unwahrheit geführt werde. Auf diesen Beweis mußte der Schulmeister verzichten.

Seitdem sind noch öfters ähnliche Fälle vorgekommen, wo jemand einen Beamten eines unzulässigen Verhaltens beschuldigt hatte; und diese Fälle haben dann meist folgenden Verlauf genommen. Gegen den Beamten wurde die Beschuldigung nicht als erwiesen angesehen. Dann aber wurde der Anzeiger vor Gericht gestellt und wegen falscher An-

schuldigung verurteilt. Es ist ja möglich, daß die Richter dabei zu einer positiven Überzeugung von der Unwahrheit der Anschuldigung gelangt waren; und dann war die Verurteilung gerechtfertigt. Nach der Natur mancher dieser Fälle lag es aber nahe, daß die Richter eine solche positive Überzeugung gar nicht erlangt haben konnten, vielmehr schon dadurch sich zur Verurteilung des Anzeigers für berechtigt halten mochten, daß dieser den Beweis der Wahrheit seiner Anschuldigung nicht erbracht hatte. Einer solchen Anschauung gegenüber muß hier betont werden, daß es mit der Freisprechung des Beamten nicht in Widerspruch gestanden hätte, wenn auch der Anzeiger freigesprochen wäre, da, so wie jenem, auch diesem — vorausgesetzt, daß seine Anschuldigung nicht in ehrenrühriger Form erhoben war — das Non liquet zu gute kommen mußte. Es ergiebt sich aber hieraus zugleich, daß es in solchen Fällen bei Freisprechung des Anzeigers auch nicht des Entscheidungsgrundes bedarf, „daß das Gericht die Überzeugung von der Wahrheit der Anschuldigung gewonnen habe," sondern daß es vollkommen ausreicht, zu sagen, „daß das Gericht nicht die ausreichende Überzeugung von der Unwahrheit der Anschuldigung gewonnen habe."[2])

---

2) Noch kurz vor Druck dieses Aufsatzes ist mir folgender Fall zu Gesicht gekommen. Ein im Dienst befindlicher Ulan, der Sohn einer in einem entfernten Dorfe lebenden Witwe, hatte sich erschossen. Die Mutter bekam eine anonyme Mitteilung, daß der Selbstmord infolge fortgesetzter Mißhandlungen ihres Sohnes durch den Wachtmeister erfolgt sei, der darüber gegrollt, daß in letzter Zeit ihr Sohn ihm nicht mehr Geschenke zugewendet habe. Auch war eine diese Vorgänge darstellende Anzeigeschrift beigefügt. Die Mutter unterzeichnete diese Anzeige und reichte sie bei der Militärbehörde ein. Was bei dieser erfolgte, liegt nicht vor. (Bekanntlich hält es oft schwer, solche Unregelmäßigkeiten beim Militär herauszubringen.) Bald darauf aber wurde die Witwe „wegen Beamtenbeleidigung" vor Gericht gestellt. Der Sachverhalt ergab sich, wie vorgemeldet. Das Schöffengericht sprach die Witwe frei, weil sie in Wahrung berechtigter Interessen gehandelt habe. Gewiß mit Recht. Es wäre aber noch besser, wenn derartige Anklagen ganz unterblieben.

Die auf diesem Gebiete herrschende Unklarheit hat auch mitgewirkt in dem unglücklichen Prozesse Twesten. [Da der Prozeß Twesten in dem nachfolgenden Aufsatze noch besonders besprochen ist, so konnte die Besprechung in diesem Aufsatze abgekürzt werden.] Auch abgesehen von der Irrung, die sich in diesem Prozesse an das Wort „ausgesprochne Meinungen" knüpfte, hätte man zu der darin ergangnen Entscheidung gelangen können, wenn man sich klar gemacht hätte, daß, auch ganz abgesehen von der positiven Bestimmung der Verfassung, von einer Bestrafung des Abgeordneten wegen seiner tadelnden Aussprüche nicht hätte die Rede sein können. Ein Abgeordneter hat ohne Zweifel einen Beruf zu reden und dabei öffentliche Dinge zur Beurteilung zu ziehen. Er könnte daher — schon nach allgemeinen Grundsätzen — nur dann zur Verantwortung gezogen werden, wenn er wider besseres Wissen unwahre Thatsachen angeführt oder verletzende Urteile ausgesprochen hätte. Nun konnte, wie man auch über die von dem Abgeordneten Twesten erhobnen Beschuldigungen denken mochte, von einem Beweis, daß er wider besseres Wissen gesprochen, gar nicht die Rede sein. Weil aber die Gerichte die Aussprüche Twestens für ungerechtfertigt halten mochten, so meinten sie wahrscheinlich auch, es müsse als Korrelat hierzu Twesten verurteilt werden. Gründete doch das letzte in der Sache ergangne Kammergerichtsurteil seinen Ausspruch unter anderm darauf, „daß der Angeklagte nicht einmal versucht habe, den Beweis der Wahrheit anzutreten." Hätte man sich klar gemacht, daß man keineswegs vor der Alternative stand, entweder die Wahrheit der von Twesten erhobnen Beschuldigungen zuzugeben, oder Twesten als Verleumder zu verurteilen, so würde man wahrscheinlich Bedenken gefunden haben, zu letzterm zu schreiten. So hat denn die Unklarheit in der hier besprochnen Lehre auch in diesem für die ganze Stellung der Justiz so verhängnisvoll gewordnen Prozesse eine Rolle gespielt.

Der Prozeß Twesten

[Preußische Jahrbücher Bd. 21, 1868]

[In dem heftigen politischen Kampfe, der unter dem Namen des preußischen Verfassungskonflikts bekannt ist, hatte am 20. Mai 1865 der Abgeordnete Twesten von der Tribüne des Abgeordnetenhauses eine Rede gehalten, worin er unter Bezugnahme auf eine Reihe von Vorgängen die Staatsanwälte, die Gerichte und die Justizverwaltung der absichtlichen Rechtskränkung beschuldigte. Es wurde darauf von der Staatsanwaltschaft Anklage wegen Verleumdung gegen ihn erhoben. Art. 84 der preußischen Verfassungsurkunde bestimmte, daß kein Abgeordneter wegen seiner in der Kammer „ausgesprochnen Meinungen" vor Gericht gezogen werden könne. Auf Grund dieses Artikels wiesen die beiden ersten Instanzen die Anklage zurück. Das Obertribunal aber erklärte durch Beschluß vom 29. Januar 1866 die Anklage für begründet. Schon infolge hiervon kam es zu einer äußerst erregten Verhandlung im Abgeordnetenhause. Gleichwohl nahm der Prozeß seinen Fortgang. Nach verhandelter Sache sprachen die beiden ersten Instanzen abermals frei. Inzwischen war auch der Verfassungskonflikt durch die Siege Preußens und durch das Indemnitätsgesetz erledigt. Das Obertribunal aber hob durch Urteil vom 26. Juni 1867 die freisprechenden Urteile auf und erklärte Twesten für strafbar. Nun gelangte die Sache wieder an das Berliner Stadtgericht, wo eine andre Abteilung zu Gericht saß. Hier wurde Twesten wegen Verleumdung zu der höchsten zulässigen Strafe, zu zweijährigem Gefängnis verurteilt. Abermals kam es zu einer höchst stürmischen Verhandlung im Abgeordnetenhause, bei der die Entscheidung des Obertribunals auf das heftigste angegriffen und eine Resolution auf Verfassungsdeklaration im Sinne unbedingter Redefreiheit der Abgeordneten beschlossen wurde. Vom Kammergericht wurde das Urteil des Stadtgerichts, wenn auch mit Umwandlung der Strafe in eine Geldstrafe, bestätigt. Und nun gelangte die Sache zum drittenmale an das Obertribunal.

In dieser Sachlage veröffentlichte der Verfasser den nachfolgenden Aufsatz.

Die Redefreiheit der Abgeordneten, um die damals so heftig gekämpft wurde, ist heute durch Artikel 30 der Reichsverfassung und § 11 des Strafgesetzbuchs vollkommen gesichert. Gleichwohl bleibt der Prozeß Twesten ein geschichtlich und juristisch höchst bedeutungsvolles Ereignis. Seine geschichtliche Bedeutung liegt darin, daß er mehr als alles andre den damaligen Kampf verbittert, und daß er andauernd den verhängnisvollsten Einfluß auf die Stellung der Justiz in der öffentlichen Meinung Deutschlands geübt hat. Juristisch bietet dieser Prozeß die merkwürdige Erscheinung dar, daß ein höchster Gerichtshof untadelhafte Entscheidungsgründe gab, dann aber diese Entscheidungsgründe völlig verkehrt anwandte. Nicht minder merkwürdig aber ist es, daß auch die Gegner, die in den heftigsten Angriffen gegen die Entscheidung des Obertribunals sich ergingen, den eigentlichen Grund des Fehlers nicht erkannten, vielmehr ihre Angriffe gegen die unanfechtbaren Entscheidungsgründe richteten. So wurde endlos hin und her gestritten.

Darnach dürfte auch heute noch der nachfolgende Aufsatz Interesse darbieten. Die einleitenden Sätze sind dabei weggelassen, da sie durch die hier vorausgeschickte Mitteilung ersetzt werden.]

Bei der gegenwärtigen Sachlage lohnt es sich wohl, nochmals die Rechtsfrage des Prozesses von einem Gesichtspunkt zu betrachten, über den alle Beteiligte in der Hitze des Kampfes gleichsam hinausgestürmt sind, während er doch in der That für die richtige Beurteilung der Sachlage von der größten Bedeutung ist.

Der ganze bisherige Streit hat sich nämlich um die Frage gedreht: ist die Auslegung, die das Obertribunal dem Artikel 84 der Verfassungsurkunde gegeben hat, richtig oder nicht? Mit dieser Auslegung halten die einen alles verloren, die andern alles gewonnen; und darüber scheinen beide vergessen zu haben, sich einmal näher anzusehen, was denn eigentlich das Obertribunal bei seiner Auslegung in dem Artikel 84 gefunden hat. Die einen sind von der innern Notwendigkeit, daß eine Rede, wie die von Twesten gehaltene, nicht dem Strafrichter verfalle, so überzeugt, daß ihnen jene Auslegung mit der gesunden Vernunft zu widerstreiten scheint; die andern aber berufen sich auf die Entscheidungsgründe des höchsten Gerichtshofs, über deren juristische Haltbarkeit doch

nicht in jener Weise abgesprochen werden könne. Und beide haben in gewissem Sinne Recht, und auch wieder Unrecht.

Allerdings, wenn das Obertribunal den Artikel 84 anders ausgelegt, wenn es darin die absolute Redefreiheit der Abgeordneten gegeben gefunden hätte, dann würde von einer Bestrafung des Abgeordneten Twesten nicht weiter die Rede sein können. Aber eine ganz andre Frage ist die, ob denn, wenn man auch den Artikel 84 so auslegt, wie das Obertribunal gethan, daraus eine Bestrafung Twestens als Folge sich ergiebt? Diese Frage verneinen wir unbedingt. Das, was dem Abgeordneten Twesten zur Last gelegt wird, fällt nicht unter den Begriff eines strafbaren Vergehens, mag man den Artikel 84 auch im Sinne des Obertribunals verstehen. Und daß dem so ist, hat nicht allein eine Bedeutung für den Prozeß Twesten, sondern es ist von der größten Wichtigkeit für das Prinzip der Redefreiheit der Volksvertretung überhaupt.

Die Ansicht, von der das Obertribunal ausgeht, ist die: der Ausdruck in Artikel 84 „ausgesprochne Meinungen" kann nicht für völlig gleichbedeutend mit „Äußerungen," der alles Geredete umfassen würde, gehalten werden. Vielmehr bezeichnet dieser nur eine gewisse Art von Äußerungen, zu deren näherer Bestimmung schon der Obertribunalsbeschluß vom 29. Januar 1866 folgendermaßen sich ausspricht: „Es fragt sich, in welcher Weise der Ausdruck »Meinungen« aufzufassen ist? Nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch versteht man hierunter lediglich die Resultate des Denkvermögens, im Gegensatz zu der Behauptung und Verbreitung von Thatsachen. Selbstredend können Meinungen auch auf thatsächlichen Voraussetzungen beruhen, so wie sie in der Regel auch eine Begründung des diesfällig gewonnenen Endergebnisses umfassen werden; allein selbst dann tragen sie ihrem innern Wesen nach die Eigenschaft von Thatsachen nicht an sich. Daß nun der Artikel 84 nur den so eben hervorgehobnen Begriff und nicht die Behauptung oder Verbreitung von

eigentlichen Thatsachen verstanden hat, ergiebt seine Entstehungsgeschichte." (Diese wird dann näher dargelegt.)

Übereinstimmend hiermit aber erörtert das Obertribunalsurteil vom 26. Juni 1867 die nämliche Unterscheidung in folgender Weise: „Aus dem vorstehend Entwickelten ergiebt sich, daß die preußische Regierung im Anfange des Jahres 1849 ausdrücklich zu erkennen gegeben hat, daß sie unter dem Ausdruck »Meinungen« Injurien und Verleumdungen nicht verstanden wissen wollte. Es läßt sich daher mit Sicherheit daraus schließen, daß dies auch am Ende desselben Jahres dieselbe Intention des gleichen Ministerii bei Vorlage der Verfassungsurkunde gewesen ist. Dazu kommt ferner, daß diese Auffassung des in Rede stehenden Ausdrucks der zweiten Kammer des preußischen Landtags keineswegs unbekannt gewesen ist, indem u. s. w. (folgt nähere Ausführung.) Jedenfalls ist es gewiß, daß der so eben geschilderte Hergang geeignet ist, Zweifel anzuregen, was nunmehr unter der Bezeichnung »Meinungen« im Sinne der Verfassungsurkunde zu verstehen ist. Wenn dies jedoch der Fall, so folgt daraus ferner, daß die bei Auslegung eines jeden Gesetzes vorgeschriebnen Interpretationsregeln eintreten müssen, und daher das Verfahren, das der Beschluß vom 29. Januar 1866 beobachtet hat, vollständig in der Ordnung ist. Es wird dort auf die in den §§ 46, 54 ff. der Einleitung zum Allgemeinen Landrecht aufgestellten Grundsätze verwiesen, nach denen Ausnahmen von der allgemeinen Regel einschränkend und so gedeutet werden müssen, wie sie am wenigsten zum Nachteil Dritter gereichen, am nächsten mit den Vorschriften des gemeinen Rechts und dem Hauptendzwecke des Staats übereinstimmen, endlich wie der betreffende Wortlaut nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauche aufzufassen ist. Der letztere hat sich den etymologischen Unterschied zwischen einer weitern und engern Bedeutung des Ausdrucks »Meinungen« nicht angeeignet, nach dem im erstern Sinne alle Äußerungen, im engern aber nur Folgerungen, Schlüsse, Urteile verstanden

werden, die jemand aus den ihm vorliegenden äußern Veranlassungen sich gebildet hat. Der gewöhnliche Sprachgebrauch kennt nur den letztern Begriff, und diesen hat der Beschluß des Königlichen Obertribunals vom 29. Januar 1866 hervorgehoben, wenn es dort heißt, daß Meinungen lediglich die Erzeugnisse von Gedankenoperationen im Gegensatze zu dem rechtlichen Begriffe von Thatsachen sind, das ist von dem, was sich bereits vorher als etwas Geschehenes erkennbar gemacht hat."

Das Obertribunal unterscheidet also einerseits das Vorbringen von Äußerungen, die das Ergebnis einer geistigen Operation wiedergeben; und andrerseits das Anführen „eigentlicher Thatsachen," „desjenigen, was sich bereits vorher äußerlich als etwas Geschehenes erkennbar gemacht"; d. h. das Anführen von Gegenständen unmittelbarer Sinnenwahrnehmung. Jenes subsumiert das Gericht unter den Begriff der im Gesetz für straffrei erklärten „ausgesprochnen Meinungen"; dieses soll dagegen nicht unter diesen Begriff fallen und mithin, wenn es einen verleumderischen Charakter annimmt, strafbar sein.

Prüfen wir nun, was dem Abgeordneten Twesten zur Last gelegt wird. Derselbe führt in seiner Rede eine Reihe von geschehenen Dingen auf, Entscheidungen der Gerichte, Beschlüsse der Staatsanwaltschaft, Beförderungen von Richtern u. s. w. An dieses alles knüpft er die Annahme, daß sich darin eine tendenziöse Umgestaltung des Rechts im reaktionären Sinne erweise. Er nennt die Beförderung von Richtern Belohnung ihrer politischen Gesinnung und findet darin eine Korruption der Gerichte. Er nannte die Gesetzesauslegungen Verdrehungen und fand darin einen Mißbrauch der Gesetze, ein Abhandenkommen des Grundsatzes, daß nach dem Gesetz zu richten sei. Er bezeichnet die Art, wie das Anklagemonopol der Staatsanwaltschaft gehandhabt werde, als eine Sicherung der Straflosigkeit der Regierungsanhänger und eine Unterdrückung ihrer Gegner. Er hält dafür, daß das Unrecht alle

Scham verloren u. s. w. Von allen diesen Anführungen sind nun die zuerst gedachten, die als geschehen aufgeführten Dinge, völlig unbeanstandet. Niemand bestreitet, daß sie geschehen; wie sie denn ohnehin größtenteils aktenmäßig oder notorisch feststehen. Der Vorwurf, der gegen den Abgeordneten Twesten erhoben wird, ist lediglich gegen die zweite Art seiner Anführungen gerichtet; gegen die Bezeichnung und Charakterisierung, die er diesen Dingen gegeben hat, gegen die Art und Weise, wie er diese auf innere Motive zurückführt. Unsers Erachtens unterliegt es nun keinem Zweifel, daß diese inkriminierten Anführungen durchaus nicht „eigentliche Thatsachen" zum Gegenstand haben, vielmehr nur die „Erzeugnisse von Gedankenoperationen," „Resultate des Denkvermögens sind," die auch trotzdem, daß sie „auf thatsächlichen Voraussetzungen beruhen," „ihrem innern Wesen nach die Eigenschaft von Thatsachen nicht an sich tragen." Oder hat Twesten etwa behauptet, er habe die tendenziöse Absicht, in der die Richteranstellungen vorgenommen, den bösen Willen, aus dem die Gesetzesauslegungen hervorgegangen seien, mit Augen gesehen oder mit Ohren gehört? Nein! er schließt sie nur aus den vorhandnen Thatsachen. Mag man diese Schlüsse, die Twesten „aus den ihm vorliegenden äußern Veranlassungen sich gebildet hat," für richtig oder nicht richtig halten: immer bleiben sie das Produkt einer geistigen Operation. Und als solches fallen sie nach der eignen Begriffsbestimmung des Obertribunals unter den Begriff der „ausgesprochnen Meinungen," die das Gesetz für straffrei erklärt.

Auch bei der Auslegung des Artikel 84 im Sinne des Obertribunals war daher Twesten nach den klaren Entscheidungsgründen des höchsten Gerichtshofs selbst nicht zu verurteilen, sondern freizusprechen.

Man kann auf die Richtigkeit dieser Rechnung noch eine Probe andrer Art machen. Es ist doch wohl unzweifelhaft, daß der Artikel 84 die Abgeordneten bezüglich ihrer Äußerungen keinesfalls habe schlechter stellen, d. h. in höherm

Maße ſtrafbar erklären wollen, als ſie nach allgemeinen Grundſätzen ſein würden. Unterſuchen wir nun einmal, wie ſich die Strafbarkeit eines Abgeordneten wegen Beleidigung nach allgemeinen Grundſätzen ſtellen würde, wenn der Artikel 84 der Verfaſſungsurkunde gar nicht exiſtierte.

In dieſem Falle würde der Abgeordnete zunächſt ſtrafbar ſein wegen formaler Injurien, d. h. Schimpfreden, die er ſich gegen andre erlaubt hätte, da für ſolche keine öffentliche Stellung eine Rechtfertigung abzugeben vermag. Wir können jedoch dieſen Fall, da er hier nicht in Frage ſteht, völlig zur Seite liegen laſſen.

Auch auf dem Gebiete der materiellen Beleidigung würde der Abgeordnete allerdings für „Verleumdungen“ haftbar bleiben. Aber es iſt vor allem zu unterſuchen, wie ſich der Thatbeſtand dieſes Vergehens für ihn konſtruiert.

Hier tritt uns nun der ſchwerwiegende Unterſchied entgegen, daß der Thatbeſtand der Verleumdung ſich ganz verſchieden geſtaltet, je nachdem der, dem ſie vorgeworfen wird, einen Beruf hatte zu reden, oder nicht. Wer ohne Beruf redet und dabei Dinge ausſpricht, die andern zur Unehre gereichen, muß ſich gefallen laſſen, juriſtiſch als Verleumder zu gelten, ſo lange er nicht den Beweis der Wahrheit des von ihm Geſprochnen zu führen vermag. Hat er bei dem Ausſprechen eine Form gewählt, die eine beſondre Gefliſſentlichkeit in der Verbreitung an den Tag legt, z. B. von einem Wirtshaustiſche herab geredet, ſo mag das Verletzende, das in dieſer Form liegt, als erſchwerend, ja unter Umſtänden dergeſtalt als überwiegend betrachtet werden, daß man ihn ſelbſt durch den Beweis der Wahrheit nicht für entlaſtet erachtet. Ganz anders dagegen, wenn der, dem Verleumdung zum Vorwurf gemacht wird, einen Beruf hatte zu reden. Dann muß er nach der innerſten Natur der Dinge durch dieſen Beruf dergeſtalt geſchützt ſein, daß er nicht anders als Verleumder angeſehen werden kann, als wenn ihm nachgewieſen wird, daß er wider beſſeres Wiſſen geredet habe.

Und als unerläßliche Voraussetzung hierfür bedarf es vor allem des gegen ihn zu führenden Beweises, daß das, was er gesagt, objektiv unwahr sei. [a]

Wir können uns dies am klarsten machen an der Stellung eines Beamten. Auch dieser kommt häufig in die Lage, Dinge aussprechen zu müssen, die andern zur Unehre gereichen. Wie wäre es zu ertragen, wenn er dieserhalb stets präsumtiv als Verleumder dastände? — Bereits in den Verhandlungen des Abgeordnetenhauses wurde auf die Stellung des Staatsanwalts hingewiesen. Es ist die Amtspflicht desselben, nach seiner Überzeugung Anklagen zu erheben. Erhöbe er solche wider besseres Wissen, so würde er gewiß als Verleumder, und zwar im eminentesten Sinne des Wortes, strafbar sein. Wer aber bezweifelt, daß, um ihn strafbar zu machen, ihm bewiesen werden müßte, daß er die Anklage wider besseres Wissen erhoben? Und wer möchte umgekehrt dieses allein schon daraus folgern, daß seine Anklage ungegründet befunden wird oder nicht erwiesen werden kann? — Betrachten wir ferner den Beamten, der dienstlich ein Sittenzeugnis ausstellt. Wie wäre es, wenn er wegen eines ungünstigen Zeugnisses dieser Art ohne weiteres als „Verleumder" angegriffen werden könnte und schuldig erkannt würde, insofern er nicht den Beweis der Wahrheit erbrächte? Es kann nicht zweifelhaft sein, daß, um ihn verantwortlich zu machen, ihm bewiesen werden muß, daß er Unwahrheiten bezeugt habe, woraus man denn, wenn er sich nicht dieserhalb zu entschuldigen vermag, auf ein böswilliges Vorbringen wird schließen können. — Ja selbst der Richter würde, wenn jener Schutz des im Berufe Redenden nicht stattfände, stets Gefahr laufen, als „Verleumder" dazustehen. Denken wir uns, die Verfasser des Stadtgerichts-

[a] Der hier hervorgehobne Gegensatz hat jetzt durch die §§ 186 und 187 — an deren Formulierung im Reichstage der Verfasser einen wesentlichen Anteil gehabt hat — einen noch bestimmtern Ausdruck gewonnen. Jedoch nennt § 186 einen Fall der ersten Art nicht mehr „Verleumdung," sondern einfach „Beleidigung."

urteils gegen Twesten würden selbst unter der Anklage, „den Abgeordneten Twesten in Beziehung auf seinen Beruf verleumderisch beleidigt zu haben," vor eine andre Deputation des Stadtgerichts gestellt, und diese gäbe folgendes Urteil ab: „Dem Richter steht zwar das Recht zu, in seinen Urteilen seine Meinung auszusprechen, nicht aber auch unwahre Thatsachen anzuführen, die andre dem Haß und der Verachtung aussetzen. Die Angeklagten haben in ihrem Urteil vom 11. November 1867 ausgesprochen, daß der Abgeordnete Twesten bei der von ihm gehaltenen Rede »in beleidigender Absicht« gehandelt. Hierfür fehlt es aber an jeglichem Beweis; es muß daher dieser Ausspruch auf eine unwahre Thatsache gerichtet gelten. Da es nun etwas Gehässiges und Verächtliches ist, wenn ein Abgeordneter seine öffentliche Stellung mißbraucht, um eine beleidigende Absicht zu bethätigen, so ist jener Vorwurf geeignet, den Abgeordneten Twesten dem Haß und der Verachtung auszusetzen. Den Angeklagten fällt daher eine Verleumdung des Abgeordneten Twesten in Beziehung auf seinen Beruf zur Last, die nach § 102 des Strafgesetzbuchs zu bestrafen ist, und die um so strafbarer erscheint, als dieselbe durch ein Urteil, dessen öffentliche Bekanntmachung die Angeklagten noch besonders verordnet haben, mithin in einer Form begangen ist, die nicht öffentlicher gedacht werden kann Aus diesen Gründen werden die Angeklagten der Verleumdung des Abgeordneten Twesten schuldig erkannt und in eine Gefängnisstrafe von — — verurteilt." Wenn ein solches Urteil gegen sie erginge, würden sich jene Richter gewiß sehr verwundern. Sie hätten aber eigentlich gar keinen Grund dazu; denn es wären nur genau dieselben Begriffe und Grundsätze gegen sie angewendet, die sie wider den Abgeordneten Twesten zur Anwendung gebracht. Fragen wir aber, worin das Verfehlte liege, was uns in gleichem Maße in diesem fingierten Urteile, wie in dem wirklichen wider Twesten ergangnen, entgegentritt, so ist es eben das, daß jemand wegen eines in seinem Beruf gethanen Aus-

spruchs ohne jeglichen Beweis, daß er wider besseres Wissen geredet, als Verleumder gelten soll. Denn auch der Abgeordnete hat einen Beruf, nicht minder wie der Beamte und der Richter. Er hat den Beruf, die Schäden der Staatsverwaltung an das Licht zu ziehen. Er bedarf dazu des freien Wortes und des freien Urteils. Er muß das Recht haben, die Dinge so zu bezeichnen, wie sie seiner Überzeugung nach sind. Er kann in die Lage kommen, um jenes Zwecks willen auch Personen nicht schonen zu können. Wohl mag es für ihn moralische Pflicht sein, dabei mit thunlichster Mäßigung und Rücksicht zu Werke zu gehen. Aber die Grenze, die ihm diese Pflicht auferlegt, kann als eine völlig relative nur seinem eignen Gewissen überlassen bleiben; sein Recht kann keiner derartigen Schranke unterliegen. Eine Rechtsverletzung würde er daher — nach allgemeinen Grundsätzen — nur dann begehen, wenn er wider besseres Wissen Thatsachen behauptete oder Urteile aussprächе, die andern, Beamten oder Behörden, zur Unehre gereichten. Aber um ihn dieser Rechtsverletzung zu zeihen, kann man sich doch nicht mit einer bloßen Präsumtion begnügen, sondern es müßte mindestens ein positiver Beweis der Unwahrheit des von ihm Gesagten gegen ihn erbracht werden.

Wie verhält es sich nun aber mit Führung eines solchen Beweises? Hier tritt uns wiederum der Unterschied zwischen angeführten Thatsachen und ausgesprochnen Urteilen, und zwar als ein innerlich begründeter, entgegen. Wider Thatsachen als Gegenstand unmittelbarer Sinnenwahrnehmung ist die Führung eines Unwahrheitsbeweises sehr wohl denkbar, unter Umständen sogar leicht. Hätte z. B. der Abgeordnete Twesten die von ihm in Bezug genommnen Erkenntnisse erfunden, wären die von ihm angeführten Beförderungen gar nicht vorgekommen: nun, so wäre es nicht schwer, durch die Akten ihn zu widerlegen. Er würde sich dann zu rechtfertigen haben, wie er dazu gekommen, diese Dinge für wahr anzuführen und als Grundlage herabwürdigender Angriffe zu benutzen. Und

wenn er dies nicht könnte, dann würde er als Verleumder dastehen. Urteile aber, Reflexionen, Charakteristiken, die an Thatsachen geknüpft werden, entziehen sich — vorausgesetzt, daß sie nicht auf völlig sinnlose Schlußfolgerungen sich stützen — jenem Beweis der Unwahrheit ganz und gar. Denn sie liegen auf dem sicherer Beurteilung sich verschließenden Gebiete menschlichen Denkens, mittelst dessen der eine zu diesen, der andre zu jenen Resultaten gelangt. Deshalb scheidet sich nun auch gerade hier am schärfsten die Stellung des berufnen und des unberufnen Redners. Dieser haftet wegen seiner die Ehre andrer herabsetzenden Urteile, es müßten denn seine Schlußfolgerungen so kategorischer Natur sein, daß in ihnen ein juristischer Beweis der Wahrheit gefunden werden könnte. Jener bleibt frei, weil der Beweis der Unwahrheit wider ihn der Natur der Sache nach nicht zu erbringen steht.

Daß hiernach Abgeordnete für ihre „ausgesprochnen Meinungen" — diesen Begriff auch nur in der engern Bedeutung des Obertribunals genommen — straflos bleiben, ist nicht ein Privileg derselben, sondern eine sich ergebende Naturnotwendigkeit. Um so mehr aber erscheint es geboten, diese Schranke in ihrer wahren Bedeutung festzuhalten. Wer sie nicht achtet, der verkennt damit, daß der Abgeordnete einen Beruf übt. Und wer in der Öffentlichkeit der Abgeordnetenrede für die darin gefundne „Verleumdung" sogar einen Erschwerungsgrund erblickt, der setzt damit das von der Tribüne Gesprochne auf das Niveau einer Wirtshausrede herab.

Es gereicht uns zur Befriedigung, daß mit dieser Darlegung wiederum die Entscheidungsgründe des Obertribunals völlig übereinstimmen. Dieses sagt in dem Urteil vom 26. Juni 1867: „Es ist an und für sich keine zwingende Notwendigkeit vorhanden, die Landtagsmitglieder vor den Folgen einer Verletzung allgemeiner Strafgesetze, deren sie sich bei Ausübung ihrer Funktionen in ihren Reden zu Schulden kommen lassen, zu sichern. Nur die Erwägung konnte in Betracht gezogen werden, daß die Abgeordneten vermöge ihres Be-

rufs öfter in die Lage kommen, sich über die Maßnahmen der Staatsregierung, deren Beamten u. s. w. zu äußern, und daß dabei notwendig Ansichten und Folgerungen ausgesprochen werden müssen, die unter andern Umständen gegen ein bestehendes Strafgesetz verstoßen können. Für diese Freiheit der Meinung im engern Sinne, im Gegenteil zu der Behauptung von Thatsachen, die sich schließlich als unwahr herausstellen, wurde der Artikel 84 a. a. O. etabliert."

Das Obertribunal erkennt also an, daß der Abgeordnete einen Beruf hat, und daß er kraft dieses Berufs Dinge straffrei sagen darf, die in dem Munde eines andern, Unberufnen, strafbar sein würden. Nur soll er nicht straffrei sein für die Behauptung „von Thatsachen, die sich schließlich als unwahr herausstellen." Das kann doch wohl nichts andres heißen, als „von Thatsachen, die als unwahr bewiesen werden." Denn wie könnte man von einem „schließlichen Sichherausstellen" reden, wenn es sich um etwas handelte, was von vornherein anzunehmen wäre?

Werfen wir nun noch einen Blick auf den Twestenschen Fall, so liegt es auf der Hand, daß ein Beweis der Unwahrheit der Urteile, die Twesten sich erlaubt hat, absolut nicht zu erbringen ist. Er wäre nur etwa zu erbringen, wenn die von ihm gezognen Schlüsse dergestalt unsinnig wären, daß man sagen könnte, ein vernünftiger Mensch könne überhaupt zu derartigen Schlußfolgerungen nicht gelangen. Daß so die Sache liege, wird niemand behaupten wollen. Wohlverstanden, wir sagen nicht etwa, daß jene herben Urteile wahr seien. Wir erkennen an, daß die zur Begründung angeführten Thatsachen für das, was man einen juristischen Beweis der Wahrheit nennen könnte, völlig unzureichend sein würden. Aber davon ganz verschieden ist der Beweis der Unwahrheit. Der ist damit noch nicht geführt. Über die Frage, ob wahr oder unwahr, kann in Fällen dieser Art nur Gott entscheiden. Der menschliche Richter, wenn er urteilen

muß, kann ſich nur mit dem ſchwachen Mittel einer Präſumtion helfen, die er nach der Stellung des Redenden zu bemeſſen hat. Sie muß bei einem Abgeordneten zu deſſen Gunſten ausſchlagen, weil er in einem Berufe redet. Auch hiernach mußte Tweſten ſtraffrei bleiben.

So begründet ſich das, was oben aus der poſitiven Beſtimmung des Artikel 84 (dieſen hier ſtets in der engern Wortbedeutung des Obertribunals aufgefaßt) abgeleitet wurde, auch mit innerer Notwendigkeit aus der Natur der Sache.

[Vom Obertribunal wurde gleichwohl das Urteil des Kammergerichts beſtätigt. Zu einer Vollziehung der Strafe iſt es nie gekommen. Tweſten ſtarb wenige Jahre nachher.]

Eine Schranke für die Einrede der Wahrheit

(Ein Rechtsfall)

In Wiesbaden wollte der Rentier E. gegen den Hofkapellmeister R. eine öffentliche Kundgebung in Szene setzen. Er mietete deshalb eine Anzahl Männer, zog mit ihnen abends ins Theater und vollführte mit ihrer Hilfe, als der Kapellmeister auf seinen Platz trat, durch Pfeifen u. s. w. einen argen Skandal. Die Spektakulanten wurden darauf wegen groben Unfugs unter Anklage gestellt. Die durch die Zeitungen veröffentlichte Verhandlung, die im ersten Termine mit einer Beweisanordnung schloß, gab Veranlassung zu den nachfolgenden beiden Artikeln, die in der Hessischen Morgenzeitung (Mai 1886) ohne Nennung des Verfassers erschienen.

I

Nach den in den Zeitungen ergangnen Mitteilungen über den Rechtsfall fürchten wir, hier einer Verirrung des Gerichts zu begegnen, die unsrer Justiz nicht zum Vorteil gereichen dürfte. Gegen die Anklage hat der Verteidiger zunächst geltend gemacht, daß im Theater jedem freistehe, Beifall oder Mißfallen zu bezeigen. Das ist innerhalb gewisser Grenzen doch nur richtig, wenn es sich um Beifall oder Mißfallen für eine im Theater vorgeführte Kunstleistung handelt. Daß aber das Theater eine Freistätte sei, wo man seinem Gefallen oder Mißfallen gegen jede Person beliebigen Ausdruck geben könne, hat noch niemand behauptet. Man würde sonst, so gut wie den Kapellmeister, wenn er an seinen Dirigentenpult tritt, auch jeden andern Theaterbeamten, ja sogar jeden Theaterbesucher, wenn er in seine Loge tritt, auspfeifen können. Weiter hat der Verteidiger seine Klienten damit zu rechtfertigen gesucht, daß er persönliche Anschuldigungen gegen R.

erhoben hat, die in dem Berichte nur angedeutet sind, die aber R. in einer öffentlichen Erklärung als Verdächtigungen gemeinster Art bezeichnet hat. Wir können natürlich nicht wissen, ob irgend etwas diesen Anschuldigungen zu Grunde liegt, und eben so wenig, ob etwa sonst Kapellmeister R. dem Publikum zu Wiesbaden irgend berechtigten Grund zu einem Anstoß gegeben hat. In Theaterverhältnissen kommen ja mitunter bedenkliche Dinge vor, aber es wird auch viel und stark darin gelogen. Wir sind nun aber der Ansicht, daß jene Anschuldigungen, auch wenn ihnen irgend etwas zu Grunde läge, nicht zur Sache gehören. Sie können weder zur Rechtfertigung noch zur Entschuldigung des planmäßig verübten Unfugs dienen. Wohin sollte es im bürgerlichen Leben wohl führen, wenn man gegen jeden, den man im Verdacht eines unsittlichen Verhaltens hat, einen öffentlichen Skandal anrichten und dann, um diesen zu rechtfertigen, alle möglichen Beweise gegen den Betroffnen vorführen könnte, gegen die sich dieser nicht einmal zu verteidigen imstande wäre? Gegen „groben Unfug" giebt es keine „Einrede der Wahrheit" und eben so wenig eine Einrede der „Vertretung berechtigter Interessen." Wir verstehen hiernach nicht, wie das Wiesbadner Gericht dazu gekommen ist, die Erhebung der angebotenen Beweise anzuordnen. Unnötige Skandalprozesse sind nicht allein für die davon Betroffnen, sondern auch für die Justiz selbst ein großes Übel. Wir fürchten, daß auch hier die angeordnete Beweiserhebung weniger der Gerechtigkeit als der Befriedigung persönlicher Animositäten dienen wird.

II

Herr Rechtsanwalt K., der Verteidiger in obigem Strafprozeß, hat eine Zuschrift an uns gerichtet, worin er gegen unsre unter I ausgesprochne Ansicht Verwahrung einlegt. Er sagt darin: „Für den Begriff des groben Unfugs ist

es allerdings einerlei, gegen welche Person sich dieser richtet; aber für die Höhe einer etwa zu erkennenden Strafe kann es doch nicht gleichgiltig sein, ob dieser sich gegen eine in der allgemeinen Achtung stehende Persönlichkeit richtet, oder gegen eine solche, die durch bestimmte Handlungen sich um diese gebracht hat oder solche nicht verdient. Die Verteidigung hat mit größter Gewissenhaftigkeit und Sorgfalt das ihr gebotene Material geprüft und nur solche Thatsachen vorgebracht, die ihr als nachweisbar wahrheitsgemäß erschienen und zugleich in direktem Zusammenhang mit der Amtsführung des Herrn R. stehen." Wir kommen infolge hiervon nochmals auf diesen Fall zu reden, den wir natürlich nur nach den vorliegenden Zeitungsberichten beurteilen können.

Die Verteidigung der Angeklagten geht dahin, daß sie die Kundgebung gegen Kapellmeister R. deshalb verübt haben, weil sie diesem die unberechtigte Zurücksetzung und Verfolgung einer Sängerin und außerdem gewisse in den Zeitungen nur angedeutete Dinge zum Vorwurf machen, die einer der Verteidiger als haarsträubend bezeichnet hat. Sie haben diese Behauptungen unter Beweis gestellt, und das Gericht hat eine Beweisaufnahme angeordnet.

Die gedachte Verteidigung ist zunächst für die Angeklagten, die als Mietlinge die Sache mitgemacht haben, ohne allen Wert. Wer sich zu einem solchen Unfug dingen läßt, der kann doch wahrlich nicht behaupten, er habe sich dabei durch eine sittliche Entrüstung oder durch höhere sittliche Zwecke bewegen lassen. Er ist einfach Lohnspektakulant und verdient als solcher seine Strafe. Für diese Angeklagten war daher die vorgebrachte Verteidigung von vornherein übel gewählt. Fragt sich also nur, ob der Anstifter des Skandals, Rentier E., der gewiß wußte, was er damit wollte, in den vorgebrachten Momenten eine Entschuldigung findet. Nun kann man ja vielleicht zugeben, daß, wenn gegen eine in öffentlicher Mißachtung stehende Person Unfug verübt wird, dies minder strafbar ist. Kommt in einer verrufenen Straße

gegen ein notorisches Freudenmädchen ein Skandal zum Ausbruch, so wird man die Teilnehmer wahrscheinlich geringer strafen, als wenn sie das nämliche an einem andern Orte gegen ehrbare Leute verübt hätten. In solchen Fällen bedürfen aber auch die strafmindernden Umstände keines weitern Beweises. Das Gericht wird sie von selbst bei der Strafzumessung beachten. Ganz anders, wenn die öffentliche Mißachtung des Menschen, auf die zur Entschuldigung eines planmäßig verübten Unfugs Bezug genommen wird, erst gemacht werden soll, indem man einen sorgfältig vorbereiteten Beweis unternimmt, daß dieser Achtung „nicht verdiene." So liegt der Fall hier, wie wir schon daraus schließen müssen, daß der Vorsitzende des Gerichts durch die vorgebrachten Dinge sich als höchlichst überrascht bezeichnete. Auch deutet darauf hin, daß man, statt diese Dinge im Vorverfahren vorzubringen, sie erst für die öffentliche Verhandlung aufgespart hat. Eine solche erst nachträglich gemachte Mißachtung kann einen groben Unfug nicht entschuldigen. Läßt man einen solchen Entschuldigungsbeweis zu, dann ist in der That die Ehrbarkeit der Menschen dem rohesten Freibeutertum preisgegeben. Will jemand einen andern herunterreißen, so dingt er einen handfesten Lümmel, der ihn auf offner Straße ohrfeigt, oder eine Bande Gassenjungen, die ihm eine Katzenmusik bringen und die Fenster einwerfen. Und wenn dann die Sache vor Gericht kommt, so stellt er das ganze Vorleben des also Mißhandelten unter Beweis, um zu zeigen, daß dieser durch allerhand Fehltritte eine solche Behandlung verdient habe. Ein schöner Rechtszustand, wenn das möglich ist! Gar viele Menschen, die unter uns einhergehen, sind nicht frei von Fehle. Aber niemand hat das Recht, sie deshalb öffentlich an Pranger zu stellen. Kann man dieses Recht nun etwa dadurch erwerben, daß man erst einen Skandal gegen sie in Szene setzt und dann zur Entschuldigung desselben mittelst eines Gerichtsverfahrens die Prangerstellung vollzieht? Das hieße in der That sie doppelt mißhandeln

Bekanntlich sind auch nicht alle Zeugen in solchen Angelegenheiten von klassischer Wahrheitsliebe. Und der Betroffne müßte einen solchen Zeugenbeweis über sich ergehen lassen, ohne daß ihm auch nur ein Wort der Verteidigung dagegen zustände. Kehren wir zu dem vorliegenden Fall zurück, so hat den Rentier E. niemand zum Sittenrichter über Kapellmeister R. bestellt. Wußte er von diesem Dinge, die dessen Amtsführung zum Vorwurf gereichen, so mochte er sie bei der vorgesetzten Behörde anzeigen. „Haarsträubende" Dinge dieser Art würde die Behörde nicht haben unbeachtet lassen können. Aber einen Skandal in Szene zu setzen, um dadurch die Gelegenheit zu gewinnen, mittelst eines Gerichtsverfahrens R. moralisch zu vernichten, ist ein Vorgehen, das jeder Rechtfertigung entbehrt. Und wir nennen es eine Verirrung der Justiz, wenn diese zu einem solchen Vorgehen die Hand bietet. Daß Rentier E. durch den Glauben an Dinge, die R. zum Vorwurf gereichen, zu seinem Handeln veranlaßt sei, kann man ohne weiteres zu seinen Gunsten annehmen. Ob diese Dinge objektiv auf Wahrheit beruhen, ist für seine Strafbarkeit gleichgiltig. Auch darin hat anscheinend das Gericht gefehlt, daß es nicht, als die gedachten Dinge zur Sprache kamen, sofort die Frage erwog, ob nicht die Öffentlichkeit auszuschließen sei.

Selbstverständlich ist es uns hier nicht darum zu thun, dem Kapellmeister R. Beistand zu leisten. Wir wollen nur dem entgegentreten, daß eine moderne Art Faustrecht bei uns einreißt, das in seiner Gehässigkeit noch schlimmer wirkt als die Fehler, die es zu richten unternimmt.

[In dem folgenden Termine ließ das Gericht die angebotenen Beweise über das Mißverhalten des R. unerhoben. Die Angeklagten wurden in eine Gefängnisstrafe verurteilt.]

Die Schutzlosigkeit der immateriellen Lebensgüter beim Schadenersatz

[Grenzboten 1884 II, S. 575]

Unter diesem Titel ist vor kurzem ein Schriftchen erschienen von Dr. Gustav Lehmann, Rechtsanwalt in Dresden. Der Verfasser ist kein ganz unbekannter Mann. Er hat bereits im Jahre 1865 ein ähnliches Schriftchen veröffentlicht unter dem Titel „Der Notstand der Schädenprozesse." Mit beredten Worten legte er damals dar, daß durch die Engherzigkeit ihrer Auffassung die Richter bei Schädenprozessen mitunter den Wald vor lauter Bäumen nicht sehen, und daß hierin eine Besserung notwendig sei. Es hat, wie wir glauben, diese Arbeit wesentlich dazu beigetragen, daß seitdem in vielen Gesetzen und jetzt auch in der Reichsgesetzgebung dem Richter bei Schädenprozessen ein weitgehendes freies Ermessen eingeräumt ist.

Gleichsam als Fortsetzung dieses Themas führt der Verfasser gegenwärtig aus, wie es ein Mangel unsrer Rechtsbildung sei, daß sie nur vermögensrechtliche Schädigungen als zur Klage berechtigend anerkenne. Er vertritt mit Lebhaftigkeit die Ansicht, daß auch wegen ideeller (moralischer) Schädigungen ein Anspruch auf Schadenersatz gegeben sein müsse, den der Richter nach freiem Ermessen zusprechen soll. Er meint, es empfehle sich deshalb, in ein deutsches Gesetzbuch den Satz aufzunehmen: „Der Richter kann auch auf Ersatz nichtvermögensrechtlichen Schadens erkennen." Diese Vorschrift soll jedoch der Richter nur da anwenden, wo sie ihm nach den Verhältnissen des Falles passend erscheint.

Wir zweifeln nicht, daß es auch hier ein lebendiges Rechtsgefühl gewesen ist, was den Verfasser zum Worte gedrängt hat. Aber wir müssen doch gegen seine Ansichten einige Bedenken geltend machen. Da wir nicht für eine fachwissenschaftliche Zeitschrift schreiben, so lassen wir alle gelehrten Ausführungen (z. B. über die Frage, was in dieser Beziehung das römische Recht enthält) beiseite und behandeln die Sache lediglich vom allgemein menschlichen Standpunkte.

Zunächst wollen wir einmal feststellen, was wir auf diesem Gebiete bereits besitzen. Erst darnach wird sich bemessen lassen, was uns noch notthut. Da ist es nun zunächst unzweifelhaft, daß unsre Rechtsprechung nicht allein Klagen auf vermögensrechtliche Interessen, sondern auch auf Leistungen jeder Art, bei denen überhaupt nur ein erkennbares Interesse des Klägers obwaltet, zuläßt. Zum Belege hierfür brauchen wir nur auf den vor wenigen Tagen erschienenen zehnten Band der Reichsgerichtsentscheidungen hinzuweisen, wo (unter Nr. 32) ein Rechtsfall mitgeteilt wird, der die Überlassung der Erziehung eines Kindes betraf. Fälle dieser Art lassen sich noch vielfach denken. Wir nehmen keinen Anstand, uns ganz und gar mit der (auch vom Verfasser erwähnten) Ansicht Iherings einverstanden zu erklären, die dieser bei Gelegenheit des in der Schweiz verhandelten Gäubahnprozesses in so ansprechender Weise entwickelt hat. Hat ein Kellner sich ausbedungen, daß er die Sonntagnachmittage frei habe, hat der Mieter sich die Mitbenutzung eines zum Hause gehörigen Gartens ausbedungen, oder hat eine kränkliche Dame sich ausbedungen, daß sie von ihrem Abmieter nicht durch Klavierspielen gestört werde (lauter Beispiele, die Ihering aufstellt), so haben wir keine Bedenken, mit Ihering allen diesen Personen eine Klage auf Erfüllung des Ausbedungnen, obgleich dieses direkt keine Vermögensrechte zum Gegenstande hat, zu gestatten. Dies ist aber auch die vorherrschende Ansicht unsrer deutschen Gerichte, und Ihering hatte in der That nur gegen die abweichenden Ansichten

dreier Professoren anzukämpfen, die die Gegenpartei für ihr Interesse engagiert hatte. Die Klage würde zunächst auf Erfüllung in Natur zu richten sein, und die Verurteilung zu solcher würde der Richter für die Zukunft durch Strafen erzwingen. Eine andre Frage ist freilich die: Wie soll der Richter die in der Vergangenheit liegende Verletzung des betreffenden Rechts ausgleichen? Auch in dieser Beziehung nehmen wir keinen Anstand, übereinstimmend mit Ihering in allen den Fällen, wo sich das Interesse des Klägers auf einen Geldwert zurückführen läßt, dem Verletzten eine Geldentschädigung zuzusprechen. Dem Kellner, der vertragswidrig bei der Arbeit zurückgehalten wird, dem Mieter, dem vertragswidrig der Garten verschlossen wird, u. s. w. gebührt eine Geldentschädigung, da das betreffende Interesse sehr wohl in Geld auszudrücken ist. Dahin gehört auch der vom Verfasser angeführte Fall, daß jemand in einem Bade sich ein schönes Zimmer gemietet hat, der Eigentümer aber es vorweg einem andern giebt. Wir möchten glauben, daß in diesem Falle der Mieter eine Geldentschädigung einklagen könnte. In Fällen dieser Art leistet auch der gemeinrechtliche Würderungseid wertvolle Dienste. Bedenklicher stellt sich der von uns oben zuerst angeführte Fall, daß jemandem die ihm gebührende Erziehung eines Kindes längere Zeit hindurch rechtswidrig vorenthalten worden ist. Soll nun auch dieser eine Geldentschädigung beanspruchen dürfen? Nach dem bestehenden Rechte würde ihm, wie wir glauben, der Richter eine solche nicht zusprechen, weil das Interesse, das jemand dabei hat, daß er selbst ein Kind erziehe, absolut nicht in Geld zu veranschlagen ist. Aber auch die Frage, ob etwa das Gesetz für einen solchen Fall einen Anspruch auf Geldentschädigung schaffen solle, vermögen wir nicht zu bejahen, und zwar aus dem Grunde, weil doch ein anständiger Mensch eine solche nicht fordern würde, für unanständige Menschen wir aber kein Recht zu schaffen brauchen. Dem letztern Falle analog ist auch der vom Verfasser angeführte Fall, daß von einem

Equipagenbesitzer das Kind einer armen Witwe schuldvoll überfahren und getötet wird. Soll da nicht, fragt der Verfasser, die arme Witwe für ihren Schmerz und ihre Trostlosigkeit eine Entschädigung — vielleicht dreitausend Mark — beanspruchen dürfen? Gewiß wären der armen Witwe, eben weil sie eine arme Witwe ist, die dreitausend Mark sehr zu gönnen, und wenn der Equipagenbesitzer reich genug ist, so würden wir es durchaus anständig finden, wenn er in die Tasche griffe und der armen Witwe dreitausend Mark oder eine ähnliche Summe auszahlte. Giebt man aber der armen Witwe ein Recht auf Geldentschädigung, dann müßte man dieses Recht doch auch dem reichen Manne, dessen Kind überfahren wird, zugestehen. Dieser würde aber vielleicht sagen: „Für mich ist der Verlust meines Kindes noch nicht mit 300000 Mark ersetzt, und ich fordere deshalb diese Summe als mindeste Entschädigung.“ Wir wüßten kaum, was dagegen einzuwenden wäre.

Eine Erscheinung auf unserm Rechtsgebiete, in dem sich der Gedanke des Verfassers bereits verwirklicht hat, ist das Schmerzensgeld. Von jeher hat die deutsche Praxis, trotzdem daß das römische Recht sie dabei im Stich ließ, bei Körperverletzungen dem Verletzten auf Begehren ein Schmerzensgeld zuerkannt. Neuerdings hat das Reichsgericht diese Praxis bestätigt. Eine Bestätigung derselben liegt auch in dem § 231 des deutschen Strafgesetzbuchs, der bei Körperverletzungen die Zuerkennung einer Buße, und zwar nicht (wie die Buße des § 188) in der Beschränkung auf vermögensrechtliche Nachteile, zuläßt. Insoweit besitzen wir also schon dasjenige, was der Verfasser begehrt.

Ein weiterer Fortschritt auf diesem Gebiete wird jetzt angebahnt durch die Agitation für Gewährung einer Entschädigung an unschuldig Verhaftete. Wir sind der Ansicht, daß in Wahrheit unser Rechtsgefühl diese fordert als Sühne für die ausgestandne Pein der Haft. Wenn statt dessen die im Reichstage eingebrachten Entwürfe die Entschädigung nur

auf den Ersatz vermögensrechtlicher Nachteile richten wollen, so ist diese Beschränkung allerdings ein Erzeugnis der vom Verfasser mit Recht bekämpften engherzigen Anschauungen mancher Juristen. Und wenn in dieser Weise das Gesetz zustande kommen sollte, so würde, da doch unzählige Richter die Entschädigung in einem ganz andern Sinne bemessen würden, unser Leben nur um eine „konventionelle Lüge" reicher sein. Der Sache nach würde das Gesetz einen Teil der Wünsche des Verfassers befriedigen. Bekannt ist aber, wie schwierig es ist, die Fälle, in denen eine solche Sühne von unserm Rechtsgefühl gefordert wird, scharf abzugrenzen. Und auch hierin liegt wieder ein Beweis, daß die Gedanken des Verfassers nicht so leicht zu verwirklichen sind.

Der Verfasser selbst führt an, daß das römische Recht zahlreiche Privatstrafen wegen Rechtsverletzungen gekannt habe, und er bedauert, daß die deutsche Praxis diese habe verschwinden lassen. Wir können hier nicht auf die Gesichtspunkte eingehen, die vor Zeiten Ursache wurden, daß diese Privatstrafen keinen Eingang in Deutschland gefunden haben. Vollkommen würdigen lassen sich solche Erscheinungen nur mittelst genauer geschichtlicher Untersuchungen. Aber eine dieser Erscheinungen liegt unserm Zeitalter noch ganz nahe. Wegen Beleidigungen giebt das römische Recht dem Beleidigten wider den Beleidiger eine Klage auf Zahlung einer der Größe der Beleidigung entsprechenden Geldbuße an die Kläger. Diese Klage hatte in der deutschen Praxis vollkommen Eingang gefunden und bestand in allen deutschen Ländern, solange dort gemeines Recht galt. Was ist nun aus dieser Klage — die ganz und gar dem Sinne des Verfassers entsprechen würde — geworden? Die deutsche Reichsgesetzgebung hat sie jüngst aufgehoben und die Sühne von Beleidigungen lediglich in den Strafrechtsweg verwiesen. Aber auch ehe noch dies geschehen, war in vielen deutschen Ländern jene sogenannte ästimatorische Klage bereits abgeschafft und durch andre Schutzmittel ersetzt worden. Wir

unſrerſeits beklagen die Verweiſung der Injurienſachen an die Strafgerichte, weil der Anſpruch auf Sühne einer zugefügten Beleidigung ein echt privatrechtlicher iſt, weil durch jene Verweiſung den Parteien das Beweismittel der Eideszuſchiebung entzogen wird und ſie dadurch manchen Beleidigungen gegenüber völlig rechtlos hingeſtellt werden, und weil der vor den Strafgerichten geführte Prozeß durch die Begnadigung des Verurteilten illuſoriſch gemacht werden könnte. Daß aber die Klage auf eine dem Kläger zu leiſtende Geldſtrafe beſeitigt iſt, können wir nicht beklagen, da auch nach den von uns gemachten Erfahrungen dieſe Klage zu den häßlichſten Mißbräuchen die Hand bot. Solche Erfahrungen darf man aber doch bei Verfolgung des von dem Verfaſſer vertretenen Gedankens nicht überſehen.

Wir kommen endlich zu den Fällen, die recht eigentlich das Gebiet bezeichnen, auf dem der Gedanke des Verfaſſers eine völlige Umwälzung herbeiführen würde. Dieſer führt folgendes Beiſpiel an. Es kauft jemand eine Weinbergsvilla, zu der zwei Wege führen, ein ganz ſteiler, beſchwerlicher und ein bequemer. Kaum hat er ſich eingerichtet, ſo verſperrt der Nachbar den bequemen Weg unter der Behauptung, daß ein Recht zu deſſen Gebrauch nicht beſtehe. Durch einſtweilige Verfügung erlangt der Villabeſitzer die Beſeitigung des Hinderniſſes. Er muß dann ſofort Klage erheben. Nach Jahr und Tag wird der Prozeß zu ſeinen Gunſten entſchieden. „Es geht aus allem hervor, daß dieſer Streit leichtfertig vom Gegner provoziert ward.“ Was erhält nun der Kläger für ſeine Mühe, für ſeinen Ärger, was dafür, daß ihm die Freude an ſeiner Beſitzung während des Prozeſſes gänzlich vergällt war? „Nichts, abſolut nichts. Gegen ſolche Zuſtände bäumt ſich das natürliche Rechtsgefühl.“ Hier müſſe dem Kläger zuſtehen, ſeine Klagbitte darauf zu richten, daß Beklagter auch zur Zahlung einer namhaften Entſchädigungsſumme an den Kläger verurteilt werde. In dieſem Falle iſt alſo dem Beſitzer der Villa ein materieller Nachteil gar nicht zugefügt. Er

ist durch das Provisorium im Besitze des bequemen Weges geblieben. Dieser ist ihm auch schließlich definitiv zugesprochen worden. Aber er hat Mühe und Ärger von dem Prozeß gehabt, und dafür, meint der Verfasser, müsse ihm eine namhafte Entschädigung zuteil werden, „wenn hervorgehe, daß der Streit leichtfertig provoziert sei.“ Ist denn aber der Verfasser der Ansicht, daß das Urteil über diesen letztern Punkt stets ein so einfaches sei? Und hat er sich wohl klar gemacht, in welchem Maße hierdurch erst recht das Prozeßstreiten losgehen würde? Mühe und Ärger macht natürlich jeder Prozeß, und zwar für beide Teile. Damit wäre also in jedem Prozeß für jeden Teil die Grundlage für eine Entschädigungsforderung gewonnen. Jeder, der einen Prozeß führt, wird auch behaupten, daß er mit bestem Rechte, mindestens in bestem Glauben, dagegen der andre mehr oder minder leichtfertig den Prozeß führe. Dies würde zur Folge haben, daß in unzähligen Prozessen neben dem Hauptanspruch auch noch der Anspruch auf eine namhafte Entschädigungssumme für Mühe und Ärger als Klage und Widerklage figurierten. In allen solchen Sachen würde also der Richter nicht allein darüber zu erkennen haben, wer in der Sache selbst Recht hat, sondern auch ob der unterliegende Teil leichtfertig prozessiert habe und deshalb zu einer Extraentschädigung zu verurteilen sei. Wie sich dadurch die Last richterlichen Erkennens und die Kostspieligkeit des Prozessierens für die Parteien erweitern würde, bedarf keiner Ausführung. Sicherlich hat auch der Verfasser als Anwalt schon Fälle erlebt, in denen er von dem Rechte seiner Parte sehr überzeugt war und doch damit unterlag. In solchen Fällen hat ihn gewiß der Ausgang des Prozesses, zumal in Hinblick auf die enorme Höhe der jetzigen Prozeßkosten, sehr schmerzlich berührt. Was würde er aber wohl gesagt haben, wenn in Fällen dieser Art seine Partei auch noch zu einer Entschädigung für Mühe und Ärger der Gegenpartei verurteilt worden wäre? Freilich sagt der Verfasser, der Richter

Die Entschädigung unschuldig Verhafteter

[Politische Wochenschrift 1883]

I

Mehrfach vorgekommne Fälle, in denen nachträglich die Unschuld Bestrafter sich herausgestellt hat, haben die Frage wieder in den Vordergrund gedrängt, ob nicht solchen schwer Betroffnen staatsseitig eine Entschädigung zu leisten sei. Daran hat auch die noch weiter gehende Frage sich geknüpft, ob nicht auch solchen, die unverschuldet eine Untersuchungshaft erlitten, eine Entschädigung gebühre. In der jüngsten (nur vertagten) Session des Reichstags ist von den Abgeordneten Philipps und Lenzmann mit Unterstützung der Fortschrittspartei ein Gesetzentwurf eingebracht worden, der in beiden Richtungen eine Entschädigung gewähren will. Im Anschluß daran hat der Reichstagsabgeordnete General-Staatsanwalt Dr. v. Schwarze im „Gerichtssaal" eine Abhandlung veröffentlicht, worin er mit gewohnter Sachkunde und Gründlichkeit die Fragen erörtert und im Prinzip gleichfalls für deren Bejahung sich erklärt. Nicht minder hat der jüngste deutsche Juristentag fast einstimmig einen die Bejahung jener Fragen enthaltenden Beschluß gefaßt; und es ist darüber auch in diesen Blättern berichtet worden.

Offiziell werden die Fragen ohne Zweifel zunächst bei Wiederzusammentritt des Reichstags in Anschluß an den obengedachten Gesetzentwurf zur Verhandlung kommen. Deshalb, und weil ich beabsichtige, weiter unten auf den Inhalt dieses Entwurfs etwas näher einzugehen, will ich zunächst denselben hier mitteilen. Er lautet:

Artikel 1

Dem § 413 der Strafprozeßordnung wird folgendes Alinea 3 hinzugefügt:

„Ist infolge einer Wiederaufnahme des Verfahrens auf Grund des § 399 Nummer 5 Freisprechung erfolgt, so ist dem Verurteilten für die Strafhaft sowie die sonstigen Nachteile, die er durch das Strafverfahren erlitten hat, aus der Staatskasse Entschädigung zu leisten. Der Anspruch auf Entschädigung ist unzulässig, wenn der Verurteilte durch sein Verhalten absichtlich seine Verurteilung herbeigeführt hat. Die Höhe der Entschädigung bestimmt der Richter unter Würdigung aller Umstände nach freiem Ermessen."

Artikel 2

Dem § 499 der Strafprozeßordnung wird folgendes Alinea 3 hinzugefügt:

„Außerdem kann einem freigesprochnen oder außer Verfolgung gesetzten Angeschuldigten auf seinen Antrag für die Untersuchungshaft und die Nachteile, die er durch das Strafverfahren erlitten hat, Entschädigung aus der Staatskasse zuerkannt werden. Ein Anspruch auf Entschädigung ist unzulässig, wenn der Angeschuldigte durch sein Verhalten absichtlich das Strafverfahren herbeigeführt hat. Die Höhe der Entschädigung bestimmt der Richter unter Würdigung aller Umstände nach freiem Ermessen." [a]

Prüfen wir die angeregten Fragen zunächst vom prinzipiellen Standpunkt.

Der durchgreifende Gedanke, den die Entschädigung unschuldig Bestrafter zur Geltung bringen will, wurzelt ohne Zweifel darin, daß der unschuldig Bestrafte ein Opfer für

---

[a] Neuerdings sind im Reichstage etwas anders lautende Entwürfe über diesen Gegenstand eingebracht worden. Deren Inhalt macht aber die nachfolgende Besprechung nicht überflüssig.

die Interessen der bürgerlichen Gesellschaft geworden ist. Die Ausübung des Strafrechts findet ihre Rechtfertigung in einem Zustande der Notwehr, in dem die bürgerliche Gesellschaft dem Verbrechen gegenüber sich befindet. Bestände nicht dieser Zustand der Notwehr, so würde es dem irdischen Richter kaum anstehen, einen Verbrecher zu strafen; wir würden besser den Satz gelten lassen: „Richtet nicht, daß ihr nicht gerichtet werdet.“ Aber wir müssen den Verbrecher strafen, weil ohne Ausübung der Strafe die bürgerliche Gesellschaft dem Verbrechen preisgegeben sein würde. Jede Bestrafung eines Verbrechers enthält eine Unterdrückung des Verbrechens überhaupt, jede unterbleibende Bestrafung eine Ermutigung zu neuem Verbrechen. In jedem Strafprozeß, in dem der Angeschuldigte seine Thäterschaft bestreitet, stehen sich hiernach zwei berechtigte Interessen gegenüber: das Interesse des Individuums, nicht unschuldig bestraft zu werden, und das Interesse der bürgerlichen Gesellschaft, daß kein Verbrechen unbestraft bleibe. Zwischen diesen beiden Interessen hat der Strafrichter den rechten Weg zu finden. Er soll keinen Unschuldigen verurteilen. Aber eine absolute Sicherheit, daß dies nicht geschehe, ist nicht zu erzielen, wenn nicht unzählige Schuldige straflos bleiben und dadurch das Interesse der bürgerlichen Gesellschaft an Bestrafung des Verbrechens schwer geschädigt werden soll. Die bloße abstrakte Möglichkeit, daß ein Angeklagter nicht schuldig sei, darf nicht dahin führen, ihn freizusprechen, wenn ein Beweis gegen ihn vorliegt, den wir als menschliche Gewißheit anzusehen alle Ursache haben. Wenn also auch der umsichtige und besonnene Richter durch täuschenden Schein dahin gelangen kann, einen Unschuldigen zu verurteilen, so ist dieser in der That ein Opfer für die Interessen der bürgerlichen Gesellschaft geworden. Es ist deshalb ein menschlich-natürliches, durchaus berechtigtes Gefühl, daß einem solchen schwer Betroffnen die bürgerliche Gesellschaft eine Genugthuung, so weit sie eben beschafft werden kann, schuldig geworden sei. Und deshalb hat der

Gedanke, einem Unschuldig Bestraften eine Entschädigung zu gewähren, gewiß seine Berechtigung.

Schwieriger, schon im Prinzip, beantwortet sich die Frage, ob auch einem solchen, der Untersuchungshaft erlitten hat, wenn später seine Freisprechung erfolgt, eine Entschädigung gebühre. Auch bei diesem trifft unter Umständen das oben Dargelegte zu. Der Untersuchungsrichter ist noch weit mehr als der Strafrichter genötigt, mit einer gewissen Rücksichtslosigkeit — ich bitte das Wort nicht in einem schlimmen Sinne zu nehmen — vorzugehen, wenn nicht die Interessen der Strafrechtspflege schwer gefährdet werden sollen. Er muß den Mut haben, bei genügendem Verdacht zu einer Verhaftung zu schreiten, auch auf die Gefahr hin, daß die Schuld des Verhafteten nicht erwiesen werden sollte. Wo nun ein solcher Verhafteter später in der That als unschuldig sich herausstellt, wo also z. B. festgestellt wird, daß die That, deren er beschuldigt worden, gar nicht begangen oder wenigstens nicht von ihm begangen ist, da erscheint auch er als ein Opfer für die Interessen der bürgerlichen Gesellschaft, dem man wohl eine Genugthuung gönnen mag. Aber man würde irren, wenn man in jeder spätern Freisprechung eines Angeschuldigten einen positiven Beweis seiner Unschuld finden wollte. Es giebt „Freisprechungen" auf Gründe hin, die keineswegs diese Bedeutung haben. Bei ihnen wird deshalb auch schwerlich sich behaupten lassen, daß das allgemeine Rechtsgefühl eine Entschädigung des Angeschuldigten wegen erlittener Untersuchungshaft erheische. In richtiger Erkenntnis hiervon hat deshalb auch der oben angeführte Gesetzentwurf in Artikel 2 nur gesagt: einem freigesprochnen Angeschuldigten *könne* für die Untersuchungshaft eine Entschädigung zuerkannt werden. Dabei ist freilich das „könne" völlig unbestimmt gelassen. Suchen wir die Fälle uns anschaulich zu machen, in denen die Gewährung einer Entschädigung wohl nicht dem allgemeinen Rechtsgefühl entsprechen dürfte, so möchten es folgende sein.

Ein sehr häufiger Fall kommt in der Art vor, daß ein Angeschuldigter freigesprochen wird, nicht weil ein positiver Beweis seiner Unschuld vorliegt, sondern weil es an zureichenden Beweisen seiner Schuld fehlt. In dem frühern Strafverfahren der deutschen Länder wurde in den Fällen, wo der Angeschuldigte zwar nicht verurteilt wurde, wohl aber ein starker Verdacht auf ihm haften blieb, nicht auf Freisprechung, sondern auf „Entbindung von der Instanz" erkannt. Schwerlich aber würde da, wo ein solcher Fall vorliegt, das allgemeine Rechtsgefühl darin eine Befriedigung finden, daß dem, der trotz der Freisprechung doch mutmaßlich der Thäter ist, wegen erlittener Untersuchungshaft gleichsam noch eine Belohnung zu teil würde.

Ein weiterer Fall ist folgender. Es kommen öfters Handlungen vor, bei denen niemand zweifelt, daß sie moralisch durchaus verwerflich sind, die aber auf der zweifelhaften Grenze eines Verbrechens liegen. Namentlich ist der „Betrug" ein Verbrechen, das sich von den im Verkehr für erlaubt geltenden Täuschungen keineswegs scharf abtrennt. Gesetzt nun, es wird jemand wegen einer That der gedachten Art verhaftet, demnächst aber erkennt das Gericht, daß durch die That die Grenze des Strafgesetzes nicht überschritten und deshalb auf Freisprechung zu erkennen sei: wird man da sich gedrungen fühlen, dem also Freigesprochnen noch eine Entschädigung zu gewähren? Ich glaube nicht, daß das öffentliche Rechtsgefühl damit übereinstimmen würde. Man denke nur z. B. an manche Gründerprozesse, die ja vielfach mit Freisprechungen endigten.

Ein weiterer — allerdings weit seltener vorkommender — Fall dieser Art dürfte auch dann gegeben sein, wenn gegen jemanden wegen einer Handlung Anklage erhoben ist, deren strafrechtliche Verfolgung sich schließlich als verjährt herausgestellt. Auch für einen solchen Angeschuldigten werden wir kaum so viel Sympathien empfinden, daß wir ihm eine Entschädigung wegen etwa erlittener Untersuchungshaft wünschen möchten.

Die Frage ist hiernach eine schwierige; und es will mir scheinen, als ob sie weniger von einem streng juristischen, als einem rein menschlichen Standpunkt aus ihre Lösung erheische.

Vom menschlichen Standpunkt betrachtet werden aber die in dem obigen Gesetzentwurf in Betracht genommnen Fälle das praktische Bedürfnis nicht einmal völlig erschöpfen. Man mag freilich an den Fall gar nicht denken, daß ein Unschuldiger mit dem Tode bestraft worden sei, und nun die Frage entstände, ob nicht seiner hinterlassenen Familie eine Entschädigung gebühre. Man darf hoffen, daß, wo an der Schuld eines zum Tode Verurteilten noch der geringste Zweifel haftet, die Begnadigungsinstanz jedenfalls ein Justizopfer dieser Art abwenden werde. Aber ähnliche Fälle können doch vorkommen. Vor etwa zwanzig Jahren wurden wegen eines in dem Städtchen Eldagsen (Hannover) verübten Raubmordes zwei arme Tagelöhner in Untersuchung gezogen und auf das falsche Zeugnis eines Nachtwächters hin vom Schwurgericht zum Tode verurteilt. Der eine derselben erhängte sich sofort im Gefängnisse. Der andre ward zu lebenslänglicher Zuchthausstrafe begnadigt und in die Strafanstalt abgeführt. Nach Jahresfrist entdeckte man, daß der Mord von einem andern begangen war, der dann auch prozessiert und hingerichtet wurde. Der im Zuchthaus befindliche Verurteilte wurde natürlich entlassen, und ihm würde nach dem obigen Gesetzentwurf eine Entschädigung zu teil geworden sein. Dem Erhängten dagegen konnte man das Leben nicht wiedergeben. Wenn er aber vielleicht der Ernährer einer Familie war, und diese durch seinen auf so traurige Weise veranlaßten Tod in Not und Elend gestürzt wurde: hätte man da nicht auch dieser Familie in einer Weise gerecht werden sollen, die über die bloße Entschädigung für die erlittene Untersuchungshaft des Verstorbnen weit hinaus hätte gehen müssen?

Die vorstehende Ausführung dürfte ergeben, daß es schon nicht ganz leicht ist, auch nur mit dem Prinzip einer Entschädigungspflicht völlig ins Reine zu kommen.

Noch schwieriger als im Prinzip gestaltet sich die Sache, wenn wir der Ausführung des Gedankens im einzelnen näher treten. Wir wollen dabei den oben mitgeteilten Gesetzentwurf zur Grundlage nehmen.

Fassen wir zunächst den Artikel 1 ins Auge, so möchten wir diesem folgende Fragen gegenüberstellen:

Was alles ist unter den „sonstigen Nachteilen, die der Verurteilte durch das Strafverfahren erlitten hat," zu verstehen?

Sollen diese ohne alle Verhandlung arbitriert werden?

Oder soll eine Verhandlung über solche stattfinden, und welche?

Soll der Anspruch auf Entschädigung auf die Erben übergehen?

Wer ist der Richter, der die Höhe der Entschädigung bestimmen soll? Ist es der Strafrichter, der die Freisprechung erkennt? Oder ist es der Zivilrichter, vor dem im Wege des Zivilprozesses die Entschädigung eingeklagt werden soll?

Die Berechtigung der in diesen Fragen ausgesprochnen Zweifel wird um so mehr einleuchten, wenn wir die durchaus verschiedne Natur der Ansprüche in Betracht ziehen, die als aus der nachträglichen Freisprechung eines unschuldig Bestraften hervorgehend gedacht werden können. Es sind die Ansprüche auf:

1. Rückerstattung der gezahlten Gerichtskosten, sowie einer etwa gezahlten Geldstrafe;

2. Ersatz der Vermögensbeschädigungen, die erweislich aus der Verurteilung und Bestrafung für den Angeschuldigten hervorgegangen sind;

3. Ersatz für die ausgestandne Haft.

Der Anspruch unter 1 ist juristisch durchaus unanfechtbar. Er macht in der Begründung keine Schwierigkeit, da man in der Regel bis auf den Pfennig wissen wird, was ein Verurteilter an Strafe und Kosten bezahlt hat. Es kann kein Zweifel sein, daß dieser Anspruch auch auf die Erben

übergeht. Es ist aber auch nicht zu bezweifeln, daß er jetzt schon dem nachträglich Freigesprochnen zusteht, und daß er — wenn der Staat ihn nicht freiwillig erfüllte — im Wege der Zivilklage (der gemeinrechtlichen condictio sine causa) verfolgt werden könnte.

Der Anspruch unter 2 ist zur Zeit keineswegs allgemein anerkannt. Ich nehme keinen Anstand, auch ihn im Prinzip für berechtigt zu erklären. Aber es liegt die Schwierigkeit vor, ihn zu begrenzen und innerhalb seines berechtigten Umfangs zu begründen. Nur in einer Beziehung wird er sich quantitativ leicht feststellen lassen; nämlich bezüglich der von dem Angeschuldigten auf den Strafprozeß positiv verwendeten Kosten, also namentlich der Kosten seiner Verteidigung. In dieser Beziehung wird auch bei einer nachträglichen Freisprechung der § 499 Abs. 2 der St.-P.-O. zur Anwendung kommen. In allen andern Beziehungen aber wird der fragliche Anspruch eine mehr oder minder unsichere Gestalt annehmen. Man kann ihn begründet denken durch den nachteiligen Leumund, den der Angeschuldigte erlitten, und durch die ihm aufgenötigte Versäumnis seiner Geschäfte. In ersterer Beziehung wird stets eine Schwierigkeit darin liegen, zu entscheiden, inwieweit der bestehende Nachteil schon aus dem durch die Thatsachen begründeten Verdachte an sich, und inwieweit er aus dem eingeleiteten Strafverfahren hervorgegangen. Zur Bemessung der Nachteile aus der Versäumnis wird es einer genauen Kenntnis der gesamten Verhältnisse des Angeschuldigten bedürfen, und es müßte darüber zunächst jedenfalls verhandelt werden. Aber selbst auf dieser Grundlage wird das Erkenntnis stets ein sehr unsicheres bleiben. Diese unsichere Natur des Anspruchs wird sich auch fühlbar machen, wenn wir uns die Frage stellen: soll der Anspruch auf die Erben übergehen? Treten Frau und Kinder als Erben auf, so wird man sehr geneigt sein, ihnen, die so unmittelbar unter dem Schicksal ihres Gatten und Vaters gelitten, diesen Anspruch gleichfalls zuzuerkennen. Bei entfernten

Erben aber würde es kaum dem allgemeinen Rechtsgefühl entsprechen, auch ihnen auf Grund eines so unsichern Anspruchs ihres Erblassers eine namhafte Summe zuzuwenden.

Die Schwierigkeit der Sache gipfelt aber in dem Anspruch unter 3, und zwar aus dem einfachen Grunde, weil eine erlittene Freiheitsstrafe und Geld, zu dem sie geschätzt werden soll, an sich inkomparable Dinge sind. Im richtigen Gefühl hiervon redet auch der Beschluß des Juristentags hier nicht von einer „Entschädigung," sondern von einer „Genugthuung." Wie hoch soll nun eine Gefängnisstrafe geschätzt werden? Vielleicht giebt es nicht wenige Individuen, die sich für 1000 Mark mit Vergnügen auf ein Jahr einsperren ließen. Andre würden kaum für 30000 Mark dazu bereit sein. Welcher dieser Maßstäbe soll entscheiden? Es fehlt an jeder auch nur einigermaßen sichern Grundlage. Der Anspruch ist eben nicht ein Anspruch des Rechts, sondern nur der Billigkeit, man könnte sagen des Mitleids. Demgemäß wird gewiß auch niemand ein Bedürfnis empfinden, diesen Anspruch auf die Erben als solche übergehen zu lassen.

Bei der Frage über die Entschädigung wegen erlittener Untersuchungshaft kann der Anspruch unter 1 nicht vorkommen. Die Ansprüche unter 2 und 3 mit den in ihnen liegenden Schwierigkeiten sind dagegen die nämlichen. Nur werden die Schwierigkeiten der quantitativen Zuerkennung dadurch minder sich fühlbar machen, daß es bei der Untersuchungshaft in der Regel nur um die Entschädigung für kürzere Zeit sich handelt, während bei der unschuldig erlittnen Strafhaft möglicherweise die Entschädigung für Jahre in Frage steht.

Andrerseits tritt bei der Entschädigung wegen Untersuchungshaft die bereits oben hervorgehobne Schwierigkeit hervor, die Fälle zu scheiden, in denen eine solche zu gewähren und zu versagen sei.

Wer soll nun über die Gewährung einer Entschädigung dieser Art entscheiden? Der Gesetzentwurf sagt: „der Richter,

der die Höhe der Entschädigung unter Würdigung aller Umstände nach freiem Ermessen zu bestimmen hat." — Es ist heute in der Gesetzgebung fast üblich geworden, überall, wo man selbst nicht im Klaren ist, zu sagen: der Richter soll nach Ermessen entscheiden! Es ist das aber nur die Weisheit des Vogel Strauß, der, wenn er in Not gerät, den Kopf in den Busch steckt. Was der Gesetzgeber nicht weiß, weiß in der Regel der Richter auch nicht. Auch täuscht man sich wohl damit, daß man sagt: „der Richter" soll entscheiden. Wäre es wirklich „der Richter," d. h. ein Richter, der in solchen Fragen entschiede, so würde man mindestens wohl auf konsequente Entscheidungen rechnen dürfen, und diese Konsequenz würde eine Art Surrogat der Gerechtigkeit bilden. Wir haben es aber nicht mit einem Richter, sondern mit tausenden zu thun, die in diesen Sachen zu entscheiden hätten und deren jeder in der fraglichen Beziehung andre Ansichten haben würde. An den einheitlichen höchsten Gerichtshof würden solche Fragen kaum gelangen, da sie durchweg thatsächlicher Natur sind. So würde es denn ganz natürlich sein, daß die widerstreitendsten Erkenntnisse zu Tage träten, daß in völlig gleichen Fällen das eine Gericht vielleicht 100, das andre 1000 Mark Entschädigung zuspräche. Daß das vom Rechtsstandpunkt aus nicht sehr befriedigend sein würde, leuchtet ein.

Geht man von der oben vertretenen Anschauung aus, daß für die erlittene Untersuchungshaft einem Freigesprochnen jedenfalls dann keine Entschädigung zu gewähren sei, wenn ein dringender Verdacht des Vergehens auf ihm haften bleibt, so würde bei richterlicher Entscheidung der Entschädigungsfrage noch ein weiterer Mißstand sich fühlbar machen. Es ist bereits oben bemerkt, daß in Fällen des bleibenden Verdachts früher nicht auf Freisprechung, sondern auf Entbindung von der Instanz erkannt wurde. Gerade diese Entscheidung wollte man aber, indem man allgemein die Form der „Freisprechung" einführte, aus der Strafjustiz verbannen,

um nicht dem nur „von der Instanz Entbundnen“ durch den Richterspruch einen bleibenden Makel anzuheften. Würde nun aber je nach dem Maße des verbleibenden Verdachts durch den Richterspruch eine Entschädigung wegen Untersuchungshaft gewährt oder nicht gewährt, so würde darin die alte Unterscheidung zwischen Freisprechung und Entbindung von der Instanz wieder aufleben; was jedenfalls nicht erfreulich wäre.

Wenden wir uns endlich, wenn wir einmal richterliche Entscheidung haben wollen, zu der Frage, welcher Richter denn eigentlich entscheiden soll, der Strafrichter oder der Zivilrichter? Die Entscheidung des Strafrichters, und zwar in unmittelbarem Anschluß an die Freisprechung, aus der die Entschädigungspflicht hervorgehen soll, würde wohl die natürlichere sein. Nach dem vorgelegten Entwurf scheint es aber Absicht zu sein, daß die Entschädigung im Wege des Zivilprozesses eingefordert werden soll.

Durch Verweisung dieser Entschädigungsansprüche vor den Zivilrichter würde aber ein Prozeßunfug entstehen, ähnlich dem, den das Haftpflichtgesetz hervorgerufen hat. Die Klagen auf Entschädigung wegen unschuldig erlittener Strafhaft würden ja freilich nur selten vorkommen, und das Mißliche derselben würde nur in der völligen Unabmeßbarkeit dessen liegen, was als Entschädigung zugebilligt werden soll. Leicht würde der, der eine solche Klage erhebt, sich veranlaßt finden. den Mund sehr voll zu nehmen; und wenn er dann z. B. 10000 Mark Entschädigung einklagte, aber nur 3000 Mark zugesprochen erhielte und wegen seiner Zuvielforderung in die Prozeßkosten verurteilt würde, so würden die ihm zugesprochnen 3000 Mark nicht an ihn selbst, sondern sofort an die Gerichtskasse und die beiderseitigen Anwälte zur Zahlung der Kosten wandern. Dagegen würden aus dem Entschädigungsanspruch „wegen erlittener Untersuchungshaft“ eine Unsumme von Prozessen entstehen, in denen natürlich der eingeklagte Betrag bis zu jeder beliebigen Höhe

gesteigert werden könnte. Jeder Strolch, der einmal einige Tage in Haft gesessen, ohne daß man das Vergehen, dessen er verdächtigt war, auf ihn hat bringen können, würde sich ein Vergnügen daraus machen, den Staat zu verklagen. Warum sollte er auch nicht? Er würde ja wahrscheinlich das Armenrecht erlangen. Das Armenrecht ist bei dem heutigen Anwaltszwang und der enormen Höhe der Prozeßkosten eine legale Erpressungsinstanz. Der dazu Berechtigte setzt seinem Gegner gleichsam die Pistole auf die Brust, indem er sagt: „Bezahle mich, oder ich hänge dir einen Prozeß an, bei dem du noch mehr an Kosten bezahlen mußt, die du von mir, dem Armen, nicht ersetzt bekommst!“ Den Staat auf diese Weise auszuplündern, würde niemand Bedenken haben.

Hiernach möchte ich davor warnen, einen solchen Zustand herbeizuführen. Der dem Reichstag vorgelegte Gesetzentwurf ist in seinen Gedanken nicht reif geworden. Der Reichstag würde, wenn er den Gedanken des Entwurfs im Prinzip billigt, besser thun, eine mit der nötigen Vorsicht gefaßte Resolution an die Stelle zu setzen.

Man wird wohl nun fragen, wie denn der Gedanke des Entwurfs am besten auszuführen? — Ich möchte folgendes antworten.

Es ist durchaus nicht nötig, daß jeder Rechtsgedanke sofort als ein vollendeter „Rechtssatz,“ in einem oder mehreren Paragraphen formuliert, in die Welt trete. Unser bestehendes Recht ist zum großen Teil aus thatsächlicher Übung hervorgegangen, wie uns z. B. das Studium des römischen Rechts überzeugen kann. Auch in der hier fraglichen schwierigen Angelegenheit wäre es am besten, zunächst eine thatsächliche Übung herbeizuführen. Es darf wohl angenommen werden, daß der oben unter 1 bezeichnete Anspruch in keinem deutschen Staat werde bestritten werden und deshalb hier nicht weiter berücksichtigt zu werden braucht. Für die Ansprüche 2 und 3 würde aber die thatsächliche Übung ihrer Befriedigung in der Weise ins Werk gesetzt werden können, daß jede Landes-

vertretung der Justizverwaltung des Landes einen Dispositionsfonds bewilligte, der zur Entschädigung wegen unschuldig erlittener Strafhaft, sowie nach Befinden auch wegen unschuldig erlittener Untersuchungshaft zu verwenden sei. Daß die Justizverwaltung damit Mißbrauch triebe, ist nicht wohl zu denken. Sie würde vielleicht etwas zurückhaltend damit umgehen; das aber wäre vorerst kein Schaden. Die Landesvertretung könnte überdies einen Einfluß dadurch sich sichern, daß sie über die Verwendung des Fonds spezielle Nachweisung sich vorbehielte. Durch diese Sachbehandlung würde mindestens innerhalb jedes Landes ein einheitliches, konsequentes und maßvolles Verfahren gesichert werden. Die Entscheidung der Justizverwaltung würde natürlich nur auf Grund einer genügenden Sachinstruktion erfolgen können. Der, dem eine Entschädigung zuerkannt würde, hätte nicht zu gewärtigen, daß er wieder einen namhaften Teil für Prozeßkosten abgeben müßte. Man würde zugleich bei diesem Verfahren eine Menge Erfahrungen sammeln, aus denen dann vielleicht später ein die Angelegenheit regelndes Gesetz hervorgehen könnte. Jetzt schon mit einem solchen vorzugehen, scheint mir verfrüht.

II

[Kölnische Zeitung, Mai 1884]

Der Gesetzentwurf über die Entschädigung unschuldig Verhafteter, der in dieser Session von den Abgeordneten Dr. Philipps und Lenzmann eingebracht und vom Reichstage einer Kommission zur Vorberatung überwiesen worden ist, stimmt fast in allem wörtlich überein mit dem Entwurf, der im vorigen Jahre von einer Kommission des Reichstags ausgearbeitet worden war. Nur in wenigen Punkten haben die Antragsteller eine Änderung vorgenommen, und zwar im Sinne einer Verschärfung der Entschädigungspflicht. Daß einerseits die Gewährung einer Entschädigung an solche, die

unschuldig verhaftet gewesen, in vielen Fällen von dem natürlichen menschlichen Gefühl gefordert wird, daß aber auch andrerseits man sich hüten muß, hierbei in Übertreibungen zu geraten, die nicht minder unser Gefühl verletzen würden, ist schon vielfach öffentlich besprochen worden. Wir heben nur hervor, daß für uns der letztere Gesichtspunkt nicht minder schwer wiegt, als der erstere, um keiner Mißdeutung zu unterliegen, wenn wir hier darauf hinweisen, daß der vorliegende Entwurf eine Beschränkung enthält, die den Grundgedanken der Sache verschiebt, und die sich in der Praxis nicht bewähren wird.

Der § 1 des Entwurfs besagt nämlich ganz in Übereinstimmung mit dem frühern Entwurfe: Dem unschuldig Verhafteten solle Entschädigung gewährt werden für den Schaden, den er durch die Haft „in Bezug auf seine Vermögensverhältnisse, seinen Erwerb und sein Fortkommen" erlitten. Die Entschädigung ist hiernach lediglich als eine solche hingestellt, die für vermögensrechtliche Nachteile zu gewähren sei. Wir wagen zu behaupten, daß dies nicht der eigentliche Gesichtspunkt ist, der dem deutschen Rechtsbewußtsein zu Grunde liegt. Vielmehr soll die Entschädigung in erster Linie gewährt werden als eine Sühne für die Pein der Haft. Daß diese Pein schwer sich in Geld abschätzen läßt, ist ja richtig. Darin liegt eben die Schwierigkeit der Sache. Aber man macht die Sache nicht besser, wenn man, um dieser Schwierigkeit zu entgehen, der ganzen Entschädigungsfrage eine falsche Grundlage unterschiebt.

Wir haben für den richtigen Gesichtspunkt eine naheliegende Analogie im deutschen Rechte. Das ist das Schmerzensgeld. Von jeher hat bei Körperverletzungen die Praxis der deutschen Gerichte, der sich auch noch jüngst das Reichsgericht angeschlossen hat, den Anspruch auf Schmerzensgeld für berechtigt erklärt. Und zwar hat sie diesen Anspruch, für den das römische Recht keine Grundlage giebt, geknüpft an eine Gesetzesstelle, die an die hier in Frage stehende Entschädigungs-

pflicht ganz nahe heranreicht. Die peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. enthält nämlich die Bestimmung, daß „dem, der wider Recht ohne bewiesene Anzeigung gemartert worden, die Urheber seiner Schmach Schmerzen der Gebühre Ergetzung zu thun schuldig sein sollen.“ Diese Stelle benutzte die deutsche Praxis, um ihre wahrscheinlich schon weit ältere, an die altdeutschen Bußen sich anknüpfende Rechtsübung der Zuerkennung eines Schmerzensgeldes bei Körperverletzungen zu begründen. Was für das sechzehnte Jahrhundert die ungerechte Folterung war, ist für unser empfindlicheres Rechtsgefühl die ungerechte Haft; und so ist im Grunde genommen die Entschädigung, die wir jetzt für den unschuldig Verhafteten beanspruchen, ganz die nämliche „Ergetzung,“ die man vor dreihundert Jahren dem unschuldig Gefolterten gewähren wollte. Daß bei Bestimmung des Maßes derselben billigerweise auch Vermögensentschädigungen zu berücksichtigen sind, soll damit in keiner Weise verneint werden. Nur daß diese den ausschließlichen Gesichtspunkt abgeben sollen, aus dem das deutsche Rechtsgefühl für den unschuldig Verhafteten eine „Entschädigung“ fordert, halten wir nicht für richtig.

Wäre dem so, dann würde nicht abzusehen sein, warum nicht auch in noch anders gearteten Fällen eine Entschädigung zu fordern wäre. Auch schon vor jeder Verhaftung kann durch die bloße Anklageerhebung oder gar durch eine Verurteilung ein Unschuldiger (z. B. ein Kaufmann) erheblichen Vermögensnachteil erleiden. Hat nun aber für diesen Fall schon jemand eine Entschädigung gefordert? Ferner: durch die Haft eines Unschuldigen können auch Dritte in ihren Vermögensverhältnissen geschädigt werden. Verlangt man nun aber auch für diese eine Entschädigung? Nein! Gerade die Zuspitzung unsers Verlangens einer Entschädigung auf den Fall der Haft und für den Verhafteten beweist, daß hier noch etwas andres in Betracht kommt, als das bloße Vermögensinteresse. Auch der Entwurf selbst enthält dafür ein Zeugnis. Wäre wirklich der Gesichtspunkt der Vermögens-

schädigung der maßgebende, dann wäre es folgerichtig, daß beim Tode des Verhafteten sein Anspruch auf die Erben überginge. Statt dessen will aber der Entwurf (§ 19) diesen Anspruch nur auf bestimmte nächste Verwandte übergehen lassen; wobei er übrigens völlig im Unklaren läßt, in welchem Verhältnis diese verschiednen Verwandten neben oder nach einander den Anspruch sollen verfolgen können. Wie man sich auch diese Rechtsnachfolge zurechtlegen mag, jedenfalls bricht sie mit dem Gedanken einer bloß vermögensrechtlichen Nachfolge.

Die Entstehung des hier fraglichen Satzes in § 1 ergiebt sich aus dem vorjährigen Kommissionsbericht. Es ist eine Verlegenheitsformulierung gewesen, die man dem § 188 des Strafgesetzbuchs entnommen hat. Dort wird gesagt, daß dem Beleidigten eine Buße zuerkannt werden könne, „wenn die Beleidigung nachteilige Folgen für die Vermögensverhältnisse, den Erwerb oder das Fortkommen des Beleidigten mit sich bringe.“ Diese Ausdrucksweise hat man auch hier für passend gehalten. Gerade aber die Buße, die dem Beleidigten zu teil werden soll, ist ganz und gar als Ersatz für vermögensrechtliche Nachteile gedacht. Für den Seelenschmerz, den der Beleidigte erlitten, wird ihm kein Geldpflaster gereicht. Diesen muß er durch die Verurteilung des Beleidigers zu einer öffentlichen Strafe für gesühnt erachten. Anders die Buße, die nach § 231 des Strafgesetzbuchs im Fall einer Körperverletzung zuerkannt werden darf. Hier enthält das Gesetz keinen Zusatz, der diese Buße auf den Ersatz vermögensrechtlicher Nachteile beschränkte. Vielmehr läßt der sich anschließende Satz, daß die Zuerkennung dieser Buße jeden „weitern Entschädigungsanspruch“ ausschließe, deutlich erkennen, daß in ihr auch Schmerzensgeld begriffen sein soll. Dieser Buße des § 231, nicht der des § 188, entspricht die Entschädigung, die dem unschuldig Verhafteten zu teil werden soll.

Bleiben die Worte des § 1 so, wie sie formuliert sind,

stehen, so sind damit die Gerichte angewiesen, nur in dem Falle, wenn sie eine Vermögensschädigung des Verhafteten zu erkennen vermögen, eine Entschädigung zu gewähren. Vielleicht ist dabei gedacht, daß die Gerichte es mit den Worten des Gesetzes nicht so genau nehmen, vielmehr das ihnen in § 15 eingeräumte „freie Ermessen" dazu benutzen werden, um über die Schranke der Vermögensschädigung hinwegzukommen. In dieser Weise auf das freie Ermessen der Richter spekulieren heißt aber die Gerichte demoralisieren. Auch die Antragsteller scheinen das Mißliche in der Formulierung des § 1 empfunden zu haben. Sie haben in § 15 den Satz eingeschoben: „Für jeden Tag der Freiheitsentziehung ist jedenfalls eine Entschädigung in Ansatz zu bringen." Dieser Satz scheint darauf abzuzielen, daß das Gericht nicht jemand, der auch nur einen Tag lang verhaftet gewesen, wegen mangelnden Vermögensnachteils jede Entschädigung solle versagen können. So aufgefaßt, trägt aber dieser Satz nur einen Widerspruch in das Gesetz hinein. Will man der Sache gerecht werden, so beschränke man sich in § 1 auf den Ausspruch, daß dem unschuldig Verhafteten eine „der Billigkeit entsprechende Entschädigung" zu gewähren sei. Dann werden verständige Richter schon das Richtige zu treffen wissen.

Höhere Gewalt

[Der nachfolgende Aufsatz wurde zur Beurteilung einer Schrift von Dr. Heinrich Hefner „Über den Begriff der höhern Gewalt im deutschen Transportrecht" geschrieben und in der Kritischen Vierteljahrsschrift, Bd. 9 S. 403 f. (1886) veröffentlicht.]

In l. 3 § 1 D. nautae, caupones 4, 9 wird die Einführung einer besondern actio honoraria wider nautae, caupones und stabularii wegen ihrer Haftbarkeit für die von ihnen aufgenommnen Sachen damit erklärt, daß es ein Bedürfnis sei, diese Leute auch im Falle, daß ein Verschulden ihnen nicht nachzuweisen sei, haftbar zu machen. Sie sollen nur frei sein: si quid damno fatali contingit. Am Schlusse bezeichnet Ulpian die thatsächliche Voraussetzung dieses Falles auch noch mit dem Ausdruck: vis major. Obgleich nun dieses nämliche Wort an andern Stellen (l. 13 § 1 und l. 30 D. de pign. act., die erstere Stelle gleichfalls von Ulpian) lediglich in Gegensatz zu dem Fall der culpa gebraucht wird und darnach kaum eine besondre technische Bedeutung bei den römischen Juristen gehabt zu haben scheint, so hat doch die moderne Rechtswissenschaft einen technischen Begriff daraus gemacht. Man hat es mit „höhere Gewalt" verdeutscht und nun die Frage gestellt: Was ist höhere Gewalt? Gleichwohl würde diese Frage zu keiner brennenden geworden sein, wenn die Anwendung dieses Wortes auf die gedachten Fälle des römischen Rechts beschränkt geblieben wäre. Als das preußische Gesetz vom 3. November 1838 über die Eisenbahnunternehmungen erlassen wurde und man dort für die Haftung der Eisenbahnen gleichfalls strengere Grundsätze aufstellen

unternehmung entsprungen, durch Hereinrücken in diesen Betriebskreis einen Schaden an Leib und Gut verursacht hat, und das

2. vermöge der Art und Wucht seines Auftretens die im ordentlichen Laufe des Lebens zu gewärtigenden Zufälle augenscheinlich übersteigt.

Der Ansicht Exners gegenüber ist Dernburg (in Grünhuts Zeitschrift Bd. 11) wieder mehr auf Seite Goldschmidts getreten. Er erklärt vis major als im Gegensatz stehend zu einer in der Richtung gesteigerten Sorgfalt, daß bei gewissen Gewerbegeschäften der Verpflichtete zugleich für die Veranstaltung thunlichst das Publikum sichernder Einrichtungen zu haften habe.

In der oben genannten Schrift liegt nun ein neuer Versuch vor, den Begriff der „höhern Gewalt" festzustellen. Der Verfasser glaubt dies damit zu erreichen, daß er die eigentümlich gesteigerte Haftbarkeit der Personen, die sich zu ihrer Entschuldigung nur auf „höhere Gewalt" berufen können, auf eine gesetzlich ihnen auferlegte Zwangsversicherung zurückführt. Er schließt sich hiernach im wesentlichen der Ansicht Exners an, will aber dessen (oben angeführte) Begriffsbestimmung dahin geändert wissen, daß er im Eingang, statt „ein Ereignis" „ein Zufall" setzt. Es wird uns schwer, ein Urteil über die Schrift abzugeben. Trotz aufrichtiger Bemühung haben wir uns nicht klar machen können, was der Verfasser eigentlich will.

Die Praxis sucht sich mit dem Worte „höhere Gewalt," so gut es eben geht, durchzuschlagen. Bei der Güterbeschädigung hat sie wohl auch mittelst ihres praktischen Takts meist das Richtige getroffen. Schwieriger ist es für sie gewesen, bei der Beschädigung von Personen dem Begriffe eine konsequente und doch das Rechtsgefühl befriedigende Anwendung zu geben; und zwar aus folgendem Grunde. Der § 1 des Haftpflichtgesetzes begreift in gleicher Weise die Schäden, die Bahnbedienstete und die Bahnfremde treffen. Nun macht

sich aber für das praktische Rechtsgefühl das Bedürfnis, bei Unfällen, die Bahnbedienstete in Ausübung ihres Dienstes treffen, diesen zu helfen, in viel weiterm Umfange geltend als bei Unglücksfällen von Bahnfremden. Es ist das nämliche Rechtsgefühl, das in der Unfallversicherung, die ja nun auch auf Bahnbedienstete ausgedehnt ist, seinen vollendeten Ausdruck gefunden hat. Dem Bahnbediensteten muß, wenn er in seinem gefährlichen Beruf einen Unfall erleidet, unbedingt geholfen werden; das ist unser natürliches Gefühl. Dies führte aber dahin, daß man bei Unfällen von Bahnbediensteten die Worte „höhere Gewalt" in möglichst engem Sinne auslegte. Wendet man nun aber die in dieser Richtung ergangnen Urteile auch auf Unfälle von Bahnfremden an, so gelangt man zu Entscheidungen, wie die in Seufferts Archiv Bd. 35 Nr. 182 mitgeteilte. Ein sechsjähriger Knabe war beim Spielen auf der Straße zwischen die Räder eines Pferdebahnwagens gesprungen und hatte den Arm eingebüßt. Nicht das Geringste fiel der Pferdebahnverwaltung oder ihrem Kutscher zur Last. Vom Reichsgericht (3. Senat) wurde die Pferdebahn zur Entschädigung verurteilt, weil man bei einem sechsjährigen Knaben von einem Verschulden nicht reden könne, und weil der verhängnisvolle Sprung desselben auch keine „höhere Gewalt" sei.

Hält man an dem Gedanken fest (zu dem allerdings der Wortlaut verleiten kann), daß „höhere Gewalt" nur ein Ereignis sei, das gewissermaßen mit Blitz und Donner in die Welt trete, so trägt dieses Wort stets die Gefahr in sich, zu entschiednen Ungerechtigkeiten zu führen. Was insbesondre die Haftbarkeit der Eisenbahnen betrifft, so ist man im allgemeinen darüber einig, daß sie zu haften haben:

1. für jedes Verschulden ihres Dienstpersonals;
2. für jeden Fehler ihres Materials; und
3. für jeden durch einen Betriebsunfall verursachten Schaden, insofern die Bahnverwaltung nicht beweist, daß er durch ein von außen hinzugetretenes, auch mit

aller vernünftigen Sorgfalt nicht abwendbares Ereignis eingetreten sei.

Über die besondre Qualifikation dieses Ereignisses ist man aber im Unklaren. Nimmt man an, dasselbe müsse von ganz überwältigender Natur gewesen sein, so führt das eben dahin, daß z. B. die Eisenbahn für haftbar erklärt wird, wenn trotz des völlig pflichtmäßigen Beganges der Bahn durch den Bahnwärter es einem bösen Menschen gelungen ist, ein (an sich ganz unbedeutendes) Hindernis auf die Bahn zu legen, das den Zug zum Entgleisen bringt. In unsern Augen ist diese Haftbarmachung der Bahn eine entschiedne Ungerechtigkeit. Noch schlimmer aber wird die Sache, wenn man die Eisenbahn auch ohne jeden Betriebsunfall für jeden beim Betriebe vorgekommnen Menschenunfall für haftbar erkärt, insofern dieser nicht durch ein Ereignis von ganz überwältigender Natur herbeigeführt sei. Dann kommt man eben zu Entscheidungen, wie die oben angeführte in Betreff des sechsjährigen Knaben. Wäre diese richtig, dann müßte die Eisenbahn auch haften, wenn sich ein Wahnsinniger auf die Schienen stürzt. Denn ein Verschulden kann man diesem erst recht nicht vorwerfen, und „höhere Gewalt“ wäre es auch nicht. Ein barer Unsinn!

Vor nicht langer Zeit kam in Steglitz bei Berlin der schwere Unglücksfall vor, daß ein Bahnzug in einen Haufen Menschen, der in einen andern Zug einsteigen wollte, hineinfuhr, was eine Menge Tote und Verwundete zur Folge hatte. Nicht der geringste Betriebsunfall war vorgekommen; auch fiel nach den Ermittlungen keinem Bahnbeamten irgend ein Verschulden zur Last. Vielmehr war das Unglück lediglich durch die Ungeberdigkeit des Publikums entstanden, das gegen Verbot eine Barriere geöffnet und sich auf das verhängnisvolle Geleise gedrängt hatte. Gleichwohl plädierten sofort Berliner Blätter dafür, daß der Staat Entschädigung leisten müsse. Der Einwand des eignen Verschuldens wurde damit abgelehnt, daß man ja nicht wissen könne, wer von den Verletzten

gedrängt habe, und wer gedrängt worden sei. „Höhere Gewalt“ sei es auch nicht. Also! In der That hat die Eisenbahnverwaltung Ersatz geleistet, was gewiß recht menschenfreundlich und vielleicht auch aus andern Gründen (der Eisenbahnpolitik) recht weise gehandelt war. Aber eine Rechtspflicht zum Ersatz können wir in solchen Fällen nicht anerkennen. Wenn jemand von einem andern auf die Schienen gedrängt und dort beschädigt wird, so ist es eben „höhere Gewalt,“ wenn man anders dieses Wort in einem verständigen Sinn auslegt.

So sehen in der Praxis die brennenden Fragen aus, die sich an das Wort „höhere Gewalt“ knüpfen. Auch zu einer Lösung dieser praktischen Fragen finden wir in der obigen Schrift keinen Beitrag.

Mißbräuchliche Geschäfte

[Grenzboten 1890 H. 15 S. 59]

Die Handelskammer in Kassel hat kürzlich an den Vorstand des deutschen Handelstages und zugleich auch an den preußischen Handelsminister Berichte erstattet, worin sie auf einen Geschäftsverkehr hinweist, der dem allgemeinen Kredit namhaften Schaden zufüge, und dessen Beseitigung dringend zu wünschen sei. So wie in vielen deutschen Ländern ist auch in der Provinz Hessen der in Altpreußen schon lange bestehende Rechtssatz eingeführt, daß eine Hypothekbestellung an Mobilien unzulässig ist, mit andern Worten, daß ein Pfandrecht an Mobilien nur in der Form wirklicher Besitzesübergabe der verpfändeten Sachen an den Gläubiger soll geschaffen werden können. Der Zweck dieses Verbots liegt klar auf der Hand. Es soll der allgemeine Kredit nicht dadurch bittere Täuschungen erfahren, daß jemand durch den Besitz eines vielleicht reichen Mobiliars sich als kreditwürdig darstellt, während er dieses Mobiliar heimlich schon einem einzelnen Gläubiger verschrieben hat, der dann die andern Gläubiger, wenn sie zugreifen wollen, ausschließt. Allerdings ist ein solches Verbot zweischneidig; es kann in einem einzelnen Falle auch wirtschaftlich nachteilig werden. Es ist denkbar, daß jemand, der den Besitz seines Mobiliars nicht entbehren kann, sich durch Bestellung einer Hypothek daran einen Kredit verschaffte, der ihm in einer mißlichen Vermögenslage wieder aufhelfen könnte und keinem andern Gläubiger einen Nachteil brächte. Der Gesetzgeber mußte also, ehe er jenes Verbot

erließ, sich darüber klar werden, ob der wirtschaftliche Vorteil, der aus dem Verbot einer solchen Hypothekbestellung für den allgemeinen Kredit erwächst, nicht überwogen werde durch den Nachteil, daß fortan Geschäfte, die für den Einzelfall vielleicht nützlich sind, nicht mehr eingegangen werden können. Ohne Zweifel hat der Gesetzgeber, indem er das Verbot erließ, diese Frage verneint. Er erachtete die Untergrabung des allgemeinen Kredits für das schwerer wiegende Übel; und um diesem entgegenzutreten, hat er das Verbot erlassen. Auch im Handelsstande ist man dieser Ansicht gewesen. Der erwähnte Bericht der Handelskammer sagt, daß der Handelsstand die fragliche Vorschrift mit ungeteiltem Beifalle begrüßt habe.

Nun hat man aber, seitdem dieses Verbot erlassen worden ist, Rechtsgeschäfte ersonnen, die zwar den Namen der Verpfändung vermeiden und deshalb dem Wortlaute nach nicht unter das Verbot fallen, die aber wirtschaftlich genau so wirken, wie das verbotene Rechtsgeschäft. Statt die Mobilien sich verpfänden zu lassen, kauft sie der Gläubiger von seinem Schuldner für einen der Schuld gleichkommenden Preis, läßt sich das „Eigentum" daran übertragen, beläßt aber den Besitz dem „Verkäufer," und dieser bedingt sich aus, daß, wenn er den „Kaufpreis" (d. h. die Schuld) zurückzahle, das Eigentum wieder auf ihn übergehe. Vielleicht wird auch, um den Schein noch vollständiger zu machen, für die Benutzung der Mobilien ein vom Besitzer zu zahlendes „Mietgeld" vereinbart, das genau dem Betrage der für die Schuld zu zahlenden Zinsen entspricht. Damit ist ein Verhältnis hergestellt, das dem Gläubiger eine der Verpfändung ganz gleichkommende dingliche Sicherheit gewährt, während es für das Publikum den täuschenden Schein aufrecht hält, daß der im Besitz des Mobiliars verbleibende Schuldner ein durchaus kreditwürdiger Mann sei. Durch den Abschluß von Geschäften dieser Art ist das gesetzliche Verbot einer Hypothek an Mobilien lahm gelegt. Wollen andre Gläubiger sich aus dem Mobiliar bezahlt

machen, so tritt der Gläubiger, der sich in dieser Weise vorgesehen hat, gegen sie auf. Er kann zwar nicht sagen: Mir sind die Mobilien schon verpfändet. Aber er sagt: Mir gehören die Mobilien als Eigentum, und deshalb Hand ab!

Die Gerichte haben nun großenteils solche Geschäfte für rechtswirksam erklärt. Zwar wurde in den zahlreichen Prozessen, die über Rechtsfälle dieser Art anhängig waren, öfters die Frage gestellt, ob nicht ein solches Geschäft „nur zum Schein" abgeschlossen sei. Man fand aber den Gegensatz zu einem „Scheingeschäft" (oder, wie man auch sagt, einem „simulierten" Geschäft) nur in einem ernstlich abgeschlossenen Geschäfte. Ernstlich abgeschlossen sind nun solche Geschäfte unzweifelhaft. Es ist den Beteiligten bitterer Ernst damit, dem Gesetz ein Schnippchen zu schlagen, indem man an die Stelle der Verpfändung einen Kauf unter Vorbehalt des Rückkaufs setzt.

Gleichwohl wären die Gerichte in der Lage gewesen, diese Geschäfte für ungiltig zu erklären. Denn es giebt noch einen andern Begriff von Scheingeschäften: Geschäfte, die zwar völlig ernstlich gemeint, aber doch insofern nur „zum äußern Schein" abgeschlossen sind, als sie unter einer Rechtsform, die dem Namen nach nicht unter ein gesetzliches Verbot fällt, einen wirtschaftlichen Zweck verfolgen, der vollkommen dem Zwecke eines andern, vom Gesetze verbotenen Geschäftes entspricht. Wer sich in dem gedachten Falle das Eigentum unter Belassung des Besitzes bei dem Veräußerer und vorbehältlich der Verpflichtung zum Rückverkauf übertragen läßt, der will ja das Eigentum nicht erwerben, um es zu nutzen und zu genießen, sondern er will in dem Eigentum, dessen Nutzung er in den Händen des Veräußerers läßt, nur eine Sicherheit für seine Forderung erlangen, die ihm in der Form der Hypothek sich bestellen zu lassen verboten ist. Im Rechte werden Geschäfte dieser Art als zur Umgehung des Gesetzes (in fraudem legis) geschlossen bezeichnet, und es wird gelehrt, daß der Richter sie nicht minder für ungiltig zu erachten habe,

als das vom Gesetz verbotene Geschäft selbst. Für den, der sich in diesen Begriff hineindenkt, kann es keinen Augenblick einem Zweifel unterliegen, daß die fraglichen Eigentumsübertragungen solche zur Umgehung des Gesetzes geschlossene Geschäfte sind, und daß sie deshalb für ebenso ungiltig gehalten werden müßten, wie eine an Mobilien bestellte Hypothek.

Fragt man, warum die Gerichte diese Lehre nicht auf Geschäfte der fraglichen Art angewendet haben, so kann man nur darauf antworten: die Lehre ist der praktischen Jurisprudenz verloren gegangen. Es fehlt den Richtern eben die Anschauung von dem Wesen eines zur Umgehung des Gesetzes bestimmten Geschäftes. Auch diejenigen Richter, die wohl fühlten, daß bei der Sache etwas faul sei, vermochten doch nicht weiter zu gelangen, als daß sie sich die Frage stellten, ob nicht die Geschäfte „simuliert" seien. Und da sie dabei zu dem Ergebnis gelangten und gelangen mußten, daß die Geschäfte durchaus ernstlich gemeint seien, so kamen sie dahin, sie für giltig zu erklären.

Natürlich ist nun der Zustand, bei dem mit dieser Art von Verträgen gearbeitet wird, weit schlimmer, als wenn die Bestellung einer Hypothek an Mobilien nach wie vor erlaubt wäre. Denn diese künstlichen Sicherstellungsverträge sind für den Schuldner weit ungünstiger und führen unzählige Prozesse herbei. So bilden sie ein wahres Kreuz des Verkehrslebens.

Bei dieser beklagenswerten Sachlage hat es die Handelskammer in Kassel für geboten erachtet, bei dem Vorstande des deutschen Handelstages zu beantragen, dahin zu wirken, daß in das bürgerliche Gesetzbuch Bestimmungen (die bis jetzt dort fehlen) aufgenommen werden, die diesem Unfuge entgegentreten. Zugleich hat sie aber auch bei dem preußischen Handelsminister den Antrag gestellt, für den Fall, daß das Zustandekommen des bürgerlichen Gesetzbuches sich verzögern sollte, auf dem Wege der Landesgesetzgebung dagegen vorzuschreiten.

Der Bericht der Handelskammer bringt aber noch einen andern sehr beachtenswerten Punkt zur Sprache. Es ist bei den dortigen Erörterungen die Frage gestellt worden, ob es denn auch für den, der einem andern eine Sache verkaufe und übergebe, verboten sein solle, sich durch Vorbehalt des Eigentums wegen des rückständigen Kaufpreises sicher zu stellen. Es würde sehr hart sein, wurde hervorgehoben, wenn zum Beispiel eine Näherin sich nicht eine Nähmaschine in der Weise sollte anschaffen können, daß sie den Kaufpreis nach und nach abbezahlen dürfe, während der Verkäufer in einem solchen Falle doch wegen seiner Forderung sicher gestellt sein wolle und deshalb sich bis zur vollen Abzahlung das Eigentum an der Maschine vorbehalte. Nun ist ja nicht zu leugnen, daß solche Fälle, wo jemand eine Sache einem andern überträgt und dabei Sicherstellung für den Preis begehrt, einigermaßen eine andre Natur als die oben besprochnen Fälle haben, und daß bedeutende wirtschaftliche Gründe dafür sprechen, in Fällen dieser Art es dem Verkäufer möglich zu machen, an der überlieferten Sache sich eine Sicherheit auszubedingen. Denn ohne eine solche würde er wahrscheinlich dem Erwerber die Sache gar nicht übertragen. Nimmt man nun an, daß in Fällen dieser Art ein überwiegendes wirtschaftliches Bedürfnis für die Zulassung einer solchen Sicherheit spreche, dann würde doch auch hier wieder das Richtige sein, statt dem Verkäufer eine Sicherung durch Eigentumsvorbehalt zu gestatten, die Verpfändung zuzulassen, also von dem Verbot der Hypothek an Mobilien eine Ausnahme zu machen. Ja es würde sich sogar empfehlen, diese Art der Sicherung als die alleinige Form, worin eine Sicherheit geleistet werden könne, hinzustellen. Denn das Recht der Hypothek ist auch hier für den Schuldner weit günstiger, während ihn der Eigentumsvorbehalt unter Umständen arg schädigt.

Bekanntlich ist die gedachte Art des Verkehrs die durchweg übliche bei den sogenannten Abzahlungsgeschäften. Sie liefern ihren Abnehmern Sachen, für die der Preis nach und

nach bezahlt werden soll, behalten sich aber bis zur vollen Abzahlung das Eigentum an der Sache vor. Darnach stellt sich das Verhältnis nicht selten so. Die Näherin hat auf ihre Nähmaschine vielleicht schon drei Viertel des Preises bezahlt; nun kommt sie in Not und kann nicht weiter zahlen. Dann holt der Händler kraft seines vorbehaltenen „Eigentums“ ihr die Maschine wieder ab, und sie hat für das Vergnügen, kurze Zeit im Besitze einer Nähmaschine gewesen zu sein, drei Viertel des Preises derselben bezahlt und bekommt keinen Pfennig davon wieder. Daß hierin ein arger, dem Wucher verwandter Mißbrauch liegt, ist klar; und es hat nach Zeitungsberichten diese Art des Verkehrs auch bereits die Aufmerksamkeit der Regierungsbehörden auf sich gezogen. Aber wie zu helfen? das ist die Frnge. Die einfachste Hilfe würde darin liegen, daß man von dem Verbot einer Hypothekbestellung an Mobilien hier eine Ausnahme machte, zugleich aber auch diese Art der Sicherstellung für allein zulässig erklärte. Das Recht der Hypothek würde von selbst in sich schließen, daß der Verkäufer nicht die Sache einfach zurücknehmen könnte, sondern sie zum Verkaufe bringen müßte und sich aus dem erlösten Preise nur für seinen Kaufgeldsrest bezahlt machen könnte, während der Überschuß des Preises dem Käufer zufiele, also für diesen die Sache doch nicht ganz verloren ginge.

Das praktische Bedürfnis dürfte sich hiernach in folgender Weise herausstellen:

als Regel: Aufrechthaltung des Verbotes einer Hypothek an Mobilien;

Ausdehnung dieses Verbotes auf Geschäfte, durch die zur Sicherung eines Anspruchs das Eigentum an Mobilien unter Belassung des Besitzes bei dem Veräußerer übertragen wird;

als Ausnahme: Zulassung der Hypothekbestellung an einer dem Käufer übertragnen Mobilie zur Sicherung des rückständigen Kaufpreises;

Bestimmung, daß in einem Falle dieser Art auch ein „Eigentumsvorbehalt“ zur Sicherung des Kaufpreises nur die rechtliche Bedeutung einer vorbehaltenen Hypothek habe.

Wenn in dieser Weise die Sache geordnet würde, so würde eine große Zahl nichtsnutziger Rechtsgeschäfte und böser Prozesse aus der Welt geschafft sein.

Der Gesetzentwurf über Abzahlungsgeschäfte

[Kölnische Zeitung, 4. November 1892]

Abzahlungsgeschäfte sind Kreditgeschäfte. Der Verkäufer einer Sache gewährt dem Käufer in der Art Kredit, daß dieser den Kaufpreis nach und nach in vorausbestimmten Teilzahlungen abtragen soll. Jedes Kreditgeschäft ist mit einer mehr oder minder großen Gefahr verbunden. Es ist wirtschaftlich gerechtfertigt, daß der Kreditgeber sich die Übernahme dieser Gefahr vergüten läßt. Bei dem Abzahlungsgeschäft ist die Gefahr verhältnismäßig groß, weil die Abzahlungen in der Regel auf eine längere Zeit hinaus bedungen werden, und weil es meist offen zu Tage liegt, daß bei Abschluß des Geschäfts der Käufer gar nicht in der Lage ist, für den ganzen Preis aufzukommen, er vielmehr die Mittel, mit denen er bezahlen will, erst zu erwerben gedenkt. Es ist daher natürlich und nach den Verhältnissen durchaus berechtigt, daß bei Abzahlungsgeschäften der Verkäufer sich einen weit größern Preis ausbedingt, als er bei Barzahlung für die Ware gefordert haben würde.

Die Gefahr des Verkäufers, der den Kaufpreis stundet, wird aber gemindert, und es wird dadurch zugleich die Möglichkeit einer Minderung des Preises herbeigeführt, wenn der Käufer imstande ist, dem Verkäufer eine dingliche Sicherheit zu bestellen. Nach der Natur der Verhältnisse wird der Käufer beim Abzahlungsgeschäft eine solche Sicherheit nicht anders stellen können als mit der verkauften Sache selbst. Würde diese Sicherheit in der Form einer Verpfändung der verkauften Sache bestellt, so würde sich das ganze Geschäft

naturgemäß abwickeln. Allerdings würde auch in diesem Falle der Verkäufer, wenn der Käufer mit den Zahlungen zurückbleibt, die verkaufte Sache wieder an sich ziehen und vor allen andern Gläubigern zu seiner Befriedigung benutzen können. Aber nicht in der Art, daß er sie einfach dem Käufer wegnehmen und wieder als sein Eigentum betrachten dürfte — hiergegen war schon im römischen Recht das sehr weise Verbot der lex commissoria bei dem Pfandvertrage gerichtet —, sondern nur in der Art, daß er sie zum öffentlichen Verkauf bringen müßte, aus dem Erlös aber den Überschuß, der nach Befriedigung seiner Restforderung übrig bliebe, an den Käufer herauszugeben hätte. Dies würde namentlich die durchaus gerechte Folge haben, daß der Käufer, wenn er schon einen großen Teil der Abschlagszahlungen geleistet hätte, also die Restschuld nur noch gering wäre, bei der Befriedigung des Verkäufers aus der Sache doch in der Regel nicht ganz leer ausginge, sondern in dem ihm zu erstattenden Überschusse einen Teil des Wertes der Sache zurück erhielte.

Nun verbieten aber neuere Gesetze die Bestellung eines Pfandrechts an Mobilien, wenn der Gläubiger nicht zugleich in den Besitz der Sache gesetzt wird. Dies hat zur Folge gehabt, daß die Verkäufer beim Abzahlungsgeschäft die dingliche Sicherheit an der Sache in einer andern Rechtsform sich bestellen lassen. Sie behalten sich das Eigentum an der Sache vor, dergestalt, daß sie, sobald der Käufer mit einer Zahlung zurückbleibt, diesem die Sache wieder abholen und als ihr Eigentum betrachten dürfen. Die innere Ungerechtigkeit dieser Art des Vorgehens liegt darin, daß die Rücknahme der Sache als Eigentum (ohne die Pflicht, sie zum Verkauf zu bringen und einen Überschuß des Erlöses an den Käufer herauszugeben) ganz verschieden wirkt. Bleibt der Käufer schon gleich anfangs mit einer Teilzahlung zurück, so ist es keine große Härte für ihn, wenn ihm die Sache wieder abgenommen wird. Er mag den Verlust der ersten Zahlung als Strafe für die leichtfertige Eingehung des Geschäfts hinnehmen.

Ganz anders, wenn der Käufer bis auf die letzte Zahlung den Preis abgetragen hat und ihm nun die Sache abgenommen wird. Die Sache ist dann vielleicht weit mehr wert als der Rückstand seiner Schuld, und der Verkäufer macht auf Kosten des unglücklichen Käufers an der zurückgenommnen Sache ein sehr gutes Geschäft.

Also nicht darin, daß überhaupt die verkaufte Sache zur Sicherheit des Verkäufers dient, liegt der Vorwurf gegen den bestehenden Rechtszustand. Denn was ist gerechter, als daß die Sache, um die sich durch das Geschäft das Vermögen des Käufers bereichert hat, wenn dieser den Preis nicht bezahlt, dem Verkäufer zu seiner Befriedigung vorbehalten bleibt? Vielmehr liegt der Vorwurf gegen das bestehende Abzahlungsgeschäft vor allem darin, daß sich in der Form des Eigentumsvorbehalts die Befriedigung des Verkäufers nicht in gerechter Weise vollzieht. Nun will man durch ein neues Gesetz den Mißständen abhelfen.

Der dem Bundesrat vorgelegte Gesetzentwurf bestimmt nach den bisher veröffentlichten Berichten über seinen Inhalt folgendes. Wenn der Käufer mit einer Teilzahlung zurückbleibt, und der Verkäufer deshalb die Rückgabe der Sache fordert, so soll der Käufer berechtigt sein, gegen Rückgabe der Sache die Zurückgewährung aller von ihm geleisteten Teilzahlungen zu fordern und überhaupt vom Vertrage zurückzutreten (d. h. auch die Restschuld nicht zu zahlen). Der Verkäufer soll alsdann nur eine angemessene Vergütung für die Nutzung und für eine etwaige Beschädigung der Sache fordern können. Diese Vergütung darf auch nicht im voraus vertragsmäßig festgesetzt werden. Vielmehr soll darüber im Wege des Zivilprozesses entschieden werden.

Mit diesen Vorschriften ist die Sicherheit, die bisher der Verkäufer in dem Eigentumsvorbehalt fand, tot gemacht. Will er von dem Eigentumsvorbehalt Gebrauch machen, so verliert er nicht allein seine weitere Kaufgeldforderung, sondern er muß auch alles, was er bereits empfangen hat, zurückzahlen.

Dafür bekommt er die Sache wieder in dem verschlechterten Zustande, in den sie durch den Gebrauch des Käufers geraten ist. Dann soll ihm freilich noch das Recht zustehen, wegen Abnutzung und Beschädigung der Sache (die natürlich nur durch eine Abschätzung festgestellt werden können) mit dem Käufer (der oftmals zahlungsunfähig sein wird) einen Prozeß zu führen. Wer es weiß, was ein solcher unsicherer Prozeß zu bedeuten hat, der wird in diesem dem Verkäufer gewährten Rechte nur eine höchst klägliche Wohlthat erblicken. Oftmals würden daher die Verkäufer lieber auf Anstellung eines solchen Prozesses ganz verzichten und den ihnen durch das Gesetz zugefügten Schaden hinnehmen. Stellten sie aber den Prozeß an, und würde dabei der Käufer in die Kosten verurteilt, so würde dieser dadurch oft weit schwerern Schaden erleiden, als jetzt alle Abzahlungsgeschäfte ihm zufügen. Nichts ist verhängnisvoller, als ein Rechtsverhältnis aufzubauen, bei dem die Beteiligten regelmäßig auf Führung eines Prozesses verwiesen sind.

Wollte etwa der Verkäufer, statt von dem Eigentumsvorbehalte Gebrauch zu machen, auf das Restkaufgeld klagen, so tritt ihm auch hierbei eine neue Vorschrift des Gesetzes entgegen. Es soll nämlich das Fälligwerden der Restschuld durch Zurückbleiben mit den Teilzahlungen nur für den Fall ausbedungen werden können, daß der Käufer mit mindestens zwei Teilzahlungen zurückgeblieben ist. Wiederum eine harte Beschränkung.

Daß durch diese dem Abzahlungsgeschäft auferlegten Beschränkungen die Gefahr, die der Verkäufer dabei übernimmt, noch weit größer wird, liegt auf der Hand. Die natürliche Folge würde sein, daß der Verkäufer bei solchen Geschäften den Preis noch weit höher stellt, als er bisher schon war. Der unordentliche und unredliche Käufer würde sich zwar mit Hilfe des neuen Gesetzes diesem hohen Preise leicht wieder entziehen. Er braucht nur mit den Zahlungen zurückzubleiben. Dann kann ihm der Verkäufer nicht viel anhaben. Der ordent-

liche und redliche Mann aber, der die bedungenen Zahlungen bis zu Ende leiſtet, würde die Sache um ſo teurer bezahlen müſſen.

Nun droht freilich dem Verkäufer, wenn er ſich, ſeinem hohen Riſiko entſprechend, einen hohen Preis verſprechen läßt, noch eine andre Gefahr. Das neue dem Bundesrat vorgelegte Wuchergeſetz will den durch das Geſetz vom 24. Mai 1880 geſchaffnen Wucherbegriff mit ſeinen Folgen auf alle Rechtsgeſchäfte ausdehnen. Darnach würden auch die Abzahlungsgeſchäfte unter das Geſetz fallen, und der Verkäufer, der ſich dabei einen hohen Preis ausbedingt, würde ſtets zu gewärtigen haben, als Wucherer angegriffen zu werden. Der Verkäufer ſchwebt alſo durch dieſe beiden Geſetze ſtets zwiſchen Scylla und Charybdis. Ob ſich nicht überhaupt an die Ausdehnung des Wucherbegriffs eine ganze Hetzjagd böſer Prozeſſe knüpfen wird, iſt gar nicht abzuſehen.

Nach dem allem werden unter ſolchen Beſchwerniſſen und Gefahren die Abzahlungsgeſchäfte kaum fortbeſtehen können. Ob aber mit deren Beſeitigung den Volksklaſſen, die bisher in der Form des Abzahlungsgeſchäftes ihre Bedürfniſſe befriedigt haben, eine Wohlthat angethan ſein würde, wäre wohl zu überlegen.

Der Schutz der Bauübernehmer bei Neubauten

[Die Gegenwart 1892, Nr. 35]

Zu den wenigen Fragen, die auf dem Gebiete des bürgerlichen Gesetzbuchs die Interessen weiterer Kreise angeregt haben, gehört die Frage, ob denen, die auf einem fremden Grundstück die Herstellung eines Baues übernommen haben, ein besondrer Schutz bezüglich ihrer Forderung für Arbeit und Material zu gewähren sei. Unter den Übernehmern eines Baues sind hier nicht bloß die, die einen Bau im ganzen, sondern auch die, die einzelne Arbeiten daran dem Eigentümer gegenüber übernommen haben, also auch die Bauhandwerker, zu verstehen. Das preußische Landrecht, die bayrische und württembergische Gesetzgebung und das französische Recht, das ja noch in einem großen Teile Deutschlands gilt, sind auf Gewährung eines Schutzes der gedachten Art bedacht gewesen. Gegenüber dem Bauschwindel, der heutigentags in großen Städten, namentlich in Berlin, getrieben wird, verlangen aber die Bauübernehmer noch einen stärkern Schutz als den in jenen Gesetzen für sie enthaltenen. Statt dessen hat der Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuchs jeden besondern Schutz ihnen versagt. Die Motive des Hauptwerks reden kein Wort über diese Versagung. Erst in den Motiven des nachträglich bearbeiteten Entwurfs über die Zwangsversteigerung wird die Versagung damit begründet, daß ein solcher Schutz der Bauübernehmer ein Bruch mit dem (das Grundbuchsystem beherrschenden) Eintragungsprinzip sei, und daß dadurch die Grundlagen des Realkredits erschüttert werden würden.

Die Gründe, die die oben gedachten Gesetze übereinstimmend dahin geführt haben, den Bauübernehmern einen besondern Schutz zu gewähren, wurzeln tief in der Natur der Verhältnisse. Jeder andre Handwerker kann für die Bezahlung des bei ihm bestellten Werkes darin einen Schutz finden, daß er nur gegen Zahlung das Werk überliefert. Der Schneider, der einen Rock, der Schreiner, der ein Möbel, der Maschinenbauer, der eine Maschine angefertigt hat, braucht nicht eher sein Werkstück zu übergeben, bis er Geld sieht. Ganz anders bei dem Bauübernehmer. In dem Augenblicke, wo er seine Arbeit und mitunter auch das ihm gehörige Material zu dem Bau verwendet, geht das dadurch geschaffne Werk in das Eigentum dessen, dem Grund und Boden gehört, über. Es liegt also in der Natur seines Gewerbes, daß er seine Leistung aus der Hand giebt, ohne die Gegenleistung dafür zu erhalten. Dazu kommt, daß gerade bei Bauten es sich um Werkleistungen von so hohem Werte handelt, daß damit die Leistungen der meisten andern Gewerke kaum verglichen werden können. Der Übernehmer eines ganzen Baues, der sein darauf verwendetes Kapital verliert, kann darüber zu Grunde gehen.

Bei dieser Sachlage ist der Gedanke, dem Bauübernehmer für seine durch die Herstellung des Baues begründeten Forderungen einen besondern Schutz zu gewähren, durchaus berechtigt. Man stelle sich nur die Sache vor. Der Bau steht da, durch die Arbeit und die Aufwendungen des Bauübernehmers zu stande gebracht. Aber er ist auf fremden Grund und Boden gesetzt und dadurch juristisch Eigentum des Bodenbesitzers geworden. Wird man da nicht sagen: so lange der Bau noch nicht bezahlt ist, gehört er wirtschaftlich doch eigentlich dem, der ihn geschaffen hat? Der juristische Grundsatz, daß das mit Grund und Boden verbundne Werk Teil des Grund und Bodens und dadurch Eigentum des Bodenbesitzers wird, muß, wenn Gerechtigkeit geübt werden soll, dem wirtschaftlichen Grundsatze weichen, daß der Bau in erster Linie

zur Befriedigung der Kosten seiner eignen Herstellung zu dienen hat. Das war ohne Zweifel der Gedanke, der sich bereits im vorigen Jahrhundert den Verfassern des preußischen Landrechts aufgedrängt hat und dann auch in die Gesetze andrer Länder übergegangen ist.

Die ganze Schwierigkeit liegt nur in der Frage: in welcher Form ist es möglich, den durch das Gerechtigkeitsgefühl verlangten Schutz dem Bauübernehmer zu gewähren? An dieser Frage scheitern vielfach unsre Juristen. Auch die obengedachten Gesetze sind in deren Lösung nicht ganz glücklich gewesen. Wenn nun auch diese Frage eine solche der juristischen Technik ist, so hoffen wir doch darüber in einer Weise reden zu können, daß sie auch für den Laien verständlich wird und Interesse darbietet.

Das preußische Landrecht und, mit ihm übereinstimmend, die Gesetze von Bayern und Württemberg geben dem Bauübernehmer die Befugnis, seine Forderung für Herstellung des Baues im Grundbuche eintragen zu lassen, wodurch er eine Hypothek an dem Grundstücke erwirbt. Damit gewähren sie ihm aber ein Recht, mit dem er leicht zu spät kommt. Natürlich datiert diese Hypothek erst von dem Tage der Eintragung an. Jede früher an dem Grundstück bestellte Hypothek geht ihr vor. Nun ist es aber gerade die Form, in der vielfach der Bauschwindel betrieben wird, daß der Eigentümer, der auf seinem Grundstück ein Haus bauen läßt und sonst vermögenslos ist, noch ehe die Bauübernehmer wegen ihrer Forderungen zum Eintrag gelangen, eine anderweite Hypothek, die den Wert des Grundstücks einschließlich des Baues erschöpft, an dem Grundstück bestellt und das Geld dafür in die Tasche steckt. Dann sind die Bauübernehmer um ihre Forderung gebracht. Vorgänge dieser oder ähnlicher Art spielen vielfach an den Orten des Bauschwindels eine Rolle.

Man könnte dadurch helfen wollen, daß man dem Bauübernehmer eine kraft Gesetzes eintretende Hypothek an dem Grundstücke zuwiese, die schon in dem Augenblicke be-

gönne, wo er die Aufwendung für den Bau gemacht hat. Dies würde aber in andrer Beziehung wieder zu weit gehen. Eine solche Hypothek würde den Grund und Boden mit umfassen. Der Eigentümer würde dadurch gehindert, über das Grundstück zu verfügen, namentlich eine andre Hypothek dafür aufzunehmen. Das würde keine natürliche Rechtfertigung in sich tragen. Ein natürliches Recht auf Befriedigung hat der Bauübernehmer immer nur aus dem von ihm auf das Grundstück gesetzten Bau, während Grund und Boden dem Eigentümer zur freien Verfügung verbleiben muß.

Diesem Gedanken begegnen wir bereits im französischen Rechte. Im Artikel 2103 des Code ist bestimmt, daß das Vorrecht der Bauhandwerker auf Befriedigung für ihre Forderungen sich auf die Werterhöhung beschränken soll, die das Grundstück durch den Bau gewonnen hat. Der Gedanke, daß der Bau, solange er noch nicht bezahlt ist, gewissermaßen noch dem gehört, der ihn geschaffen hat, soll sich in der Art verwirklichen, daß, wenn das Grundstück zum Zwangsverkauf kommt, der Bauübernehmer den Wert des Baues aus dem Erlöse vorwegnehmen darf. Damit haben wir für das Vorrecht des Bauübernehmers die richtige Grenze gefunden.

Im französischen Recht ist aber die Ausübung dieses Vorrechts dadurch in hohem Maße erschwert, daß es an einige Formvorschriften geknüpft ist. Es soll nämlich der Bauübernehmer, wenn er von dem Vorrechte Gebrauch machen will, sowohl bei Beginn seiner Arbeit als nach deren Vollendung durch einen vom Gericht ernannten Sachverständigen Protokolle aufnehmen lassen, durch die der Zustand der Sache vor und nach dem Baue festgestellt wird. Diese Protokolle sollen dann die Grundlage abgeben für die Bemessung der Werterhöhung. Dadurch wird die ganze Lehre unpraktikabel gemacht, und sie kommt erfahrungsmäßig nur selten zur Anwendung. Diese Formvorschrift wird aber dadurch zu einer gewissen Notwendigkeit, daß nach den Bestimmungen des Code das fragliche Vorrecht nicht bloß bei einem Neubau, sondern auch bei

jeder Ausbesserung eines bestehenden Baues Platz greifen soll. Bei einer bloßen Ausbesserung ist allerdings der Wertunterschied zwischen Altem und Neuem schwer zu bemessen. Da kann man dahin kommen, eine solche formale Feststellung für die Bemessung des Wertunterschiedes für notwendig zu halten. Nun würde ja allerdings eine ganz folgerichtige Durchführung des hier vertretenen Gedankens dahin führen, daß auch schon jede Ausbesserung eines Baues unter den Schutz jenes Vorrechts zu stellen wäre. Erkennt man aber die Schwierigkeiten, die sich einer so weit getriebnen Durchführung entgegenstellen, dann wird man vom praktischen Standpunkte aus geneigt sein, das fragliche Vorrecht für bloße Ausbesserungen aufzugeben, es vielmehr auf den Fall eines eigentlichen Neubaues zu beschränken. Thut man das, dann wird man jene Formvorschriften des französischen Rechts entbehren können. Bei einem Neubau wird in der großen Mehrzahl der Fälle die Abschätzung des Werts des Baues einerseits und des Grund und Bodens andrerseits, auch wenn kein Protokoll darüber aufgenommen ist, ohne allzu große Schwierigkeiten geschehen können. Wir werden übrigens auf diesen Punkt noch einmal unten zurückkommen.

Nun sagt man freilich: ein solches den Bauübernehmern eingeräumtes Vorrecht sei eine den Realkredit schädigende Durchbrechung des Eintragungsprinzips, das dahin geht, daß kein dingliches Recht an einem Grundstück entstehen dürfe ohne Eintrag im Grundbuche. Auch wir legen den größten Wert auf Erhaltung des Realkredits und sind deshalb auch von der Bedeutung jenes Prinzips vollkommen durchdrungen. Aber man darf doch nie vergessen, daß die Prinzipien um des Lebens willen da sind, und nicht das Leben um der Prinzipien willen. Wo schwerwiegende Gründe vorliegen, ein Prinzip zu durchbrechen, und wo zugleich diese Durchbrechung ohne alle Gefährde für den dem Prinzip innewohnenden Gedanken geschehen kann, da wird die Festhaltung an dem Prinzip — man verzeihe uns das Wort — zur Prinzipienreiterei.

So aber liegt hier die Sache. Welche schwerwiegende Gründe für den Schutz der Bauübernehmer vorhanden sind, ist bereits oben dargelegt. Was aber das Eintragungsprinzip selbst betrifft, so liegt diesem der Gedanke zu Grunde, daß niemand, der Rechte an Grundstücken erwirbt, über den Umfang seines Rechtserwerbs getäuscht werden soll. Eine Täuschung hört aber auf, wenn es sich um Dinge handelt, die auch ohne Eintrag im Grundbuche für jedermann erkennbar sind. Das ist nun bei einem Neubau unzweifelhaft der Fall. Niemand kann einen auf einem Grundstücke stehenden Neubau als solchen verkennen. Wer also auf ein Grundstück, auf dem ein Neubau steht, Geld leihen will, von dem ist es nicht zu viel verlangt, daß er erst fragt: Ist denn der Neubau auch bezahlt? Wenn nicht, so soll ihm für seine Hypothek nur der Grund und Boden haften, nicht auch der darauf gesetzte Bau, dessen Wert in erster Linie den noch nicht bezahlten Bauübernehmern zukommt. Darin liegt für den Darleiher keine Ungerechtigkeit und keine Härte. Man kann vielleicht einwenden, daß öfters auch Geld auf Grundstücke geliehen werde, ohne daß der Gläubiger das Grundstück zu Gesicht bekommt. Dann wird er aber doch wenigstens eine amtliche Schätzung des Grundstücks sich geben lassen. Es bedürfte also nur, um auch in diesem Falle den Gläubiger vor Täuschung zu bewahren, einer Vorschrift für die Schätzer, daß sie bei Schätzung eines Grundstücks, auf dem ein Neubau steht, diese Eigenschaft des von ihnen mitgeschätzten Hauses ausdrücklich hervorheben. Damit würde der Gläubiger gewarnt sein.

Nun ist freilich ein „Neubau" ein relativer Begriff. Wie lange soll ein Bau als Neubau gelten? Diese Frage bedarf der Beantwortung, und es muß, wenn Täuschungen vermieden werden sollen, der Begriff des Neubaues nicht allzu weit ausgedehnt werden. Es muß eine Frist dafür bestimmt werden, und über diese Frist hinaus darf das Vorrecht des Bauübernehmers nicht fortbestehen, wenn nicht inzwischen für seine anderweite Sicherung gesorgt ist. Diese Sicherung

kann nur darin bestehen, daß der Bauübernehmer — und hier kommt wieder das bis dahin zurückgestellte Eintragungsprinzip zur Geltung — sein Vorrecht im Grundbuche eintragen läßt. Die gedachte Frist dürfte auf drei Monate nach Vollendung der Bauarbeiten (oder auch nach polizeilicher Abnahme des Baues, vorausgesetzt, daß eine solche überall stattfindet) zu bestimmen sein.

Auf Grund dieser Erwägungen hatte ich bereits in dem von mir veröffentlichten „Gegenentwurf" zum bürgerlichen Gesetzbuch folgenden § 620 vorgeschlagen:

Der Übernehmer eines Bauwerks[1]) hat wegen seiner Forderungen für Arbeit und Auslagen an dem Grundstück, auf dem der Bau errichtet wird, ein gesetzliches, allen andern Rechten an dem Grundstück vorgehendes Pfandrecht in dem Umfange der Werterhöhung des Grundstücks durch den Bau. Das Pfandrecht bleibt jedoch gegenüber andern, die an dem Grundstücke Rechte erworben haben oder erwerben, nur erhalten, wenn der Bauübernehmer innerhalb von drei Monaten nach Vollendung seiner Bauarbeiten die Eintragung oder — falls der Eigentümer in diese nicht einwilligt — die Vormerkung seines Rechts im Grundbuche erwirkt. Die Vormerkung ist auf einseitigen Antrag des Bauübernehmers einzutragen, wenn dieser seinen Anspruch glaubhaft macht, oder wenn er auf solchen Klage erhebt.

Mehrere bei demselben Bauwerk beteiligte Übernehmer stehen, ohne Rücksicht auf die frühere Erwirkung des Eintrags, im Range ihrer Pfandrechte einander gleich.

Auch den von manchen Seiten geltend gemachten Einwendungen gegenüber halte ich diesen Vorschlag als einen der Gerechtigkeit entsprechenden mit voller Überzeugung aufrecht. Es sollen jedoch hier noch einige Zweifel, die sich erheben lassen, besprochen werden.

Man kann dem hier gemachten Vorschlage zum Vorwurf machen, daß darnach die Auseinandersetzung zwischen dem

1) Ursprünglich hatte ich an dieser Stelle „der Bauführer" gesagt. Da inzwischen der Ausdruck „der Übernehmer eines Bauwerks" von autoritativer Seite vorgeschlagen ist, so nehme ich keinen Anstand, diesen Ausdruck an die Stelle des meinigen zu setzen.

Bauübernehmer und den anderweit an dem Grundstück Berechtigten stets eine Abschätzung nötig mache, die den Wert des Neubaues im Verhältnis zu dem Werte des Grundstücks vor dem Neubau feststellt. Allerdings trägt jede Abschätzung eine gewisse Schwäche in sich, und wo sie sich vermeiden läßt, wird man nicht zu ihr greifen wollen. Wo aber ein dringendes Bedürfnis der Gerechtigkeit nicht anders befriedigt werden kann, da darf man auch vor einer Abschätzung als Mittel der Auseinandersetzung nicht zurückschrecken. So liegt der Fall hier. Ein ähnliches Verhältnis kam schon früher in dem deutschen Rechte vor bei Auseinandersetzung von Lehn und Allod. Hatte der Vasall auf ein Lehngrundstück einen Bau gesetzt, so ging zwar das Eigentum daran auf den Lehnsnachfolger über. Der Wert des Baues — man nannte ihn die „Oberbesserung“ — blieb aber Allod und mußte dem Allodialnachfolger vergütet werden. Auch hier mußte eine Abschätzung erfolgen. In gleicher Weise soll nun auch in unserm Falle der Wert der „Oberbesserung“ dem Bauübernehmer verbleiben.

Man wendet freilich ein: wenn in dieser Weise die Bauübernehmer bevorzugt werden, so können ja gar keine „Baugelder“ mehr für einen Bau dargeliehen werden. Baugelder ist der üblich gewordne Name für Darlehn, die während des Baues je nach dessen Fortschreiten ausbezahlt werden, und für die sich der Darleiher in der Regel eine Hypothek an dem Grundstücke, bei der er den Wert des Baues mit in Rechnung bringt, verschreiben läßt. Natürlich würde diese Hypothek durch das Vorrecht der Bauübernehmer beeinflußt werden. Es giebt aber ein sehr einfaches Mittel, durch das sich der Darleiher vollkommen sichern kann. Er zahlt die darzuleihenden Baugelder statt an den Eigentümer an die von diesen zu stellenden Bauübernehmer aus. Dann wächst in gleichem Maße, als er diese ausbezahlt, sein Hypothekenrecht an dem Grundstücke dergestalt, daß es auch den Wert des Neubaues mit umfaßt. Daß aber der Darleiher die Baugelder an den Eigentümer ausbezahlt, dieser sie anderweit

verwendet und dann die Bauübernehmer das leere Nachsehen haben, ist ein so abscheulicher Mißbrauch, daß man nicht stark genug ihn verurteilen kann.

Beschränkt man das Vorrecht des Bauübernehmers auf die durch den Bau herbeigeführte Werterhöhung, dann kann man dieses Vorrecht unbedenklich auch denen gegenüber gelten lassen, die schon vor dem Bau eine Hypothek an dem Grundstücke erworben haben. Denn diesen ist ja nur der Wert des Grundstücks, sowie es vor dem Bau war, verhaftet. Auf den Mehrwert, den das Grundstück durch den Bau erhalten hat, haben sie kein wohlerworbnes Recht. Nun kann freilich die Feststellung des Wertes, den das Grundstück vor dem Neubau hatte, namentlich in dem Falle Schwierigkeiten machen, wenn der Neubau nicht auf ein bisher unbebautes Grundstück gesetzt ist, vielmehr schon ein Bau auf dem Grundstücke stand, der zum Zwecke des Neubaues abgebrochen worden ist. Selbstverständlich muß in diesem Falle der Wert des frühern Baues zu Gunsten der ältern Berechtigten mit in Rechnung kommen. Die Abschätzung kann aber, nachdem bereits der Abbruch geschehen ist, schwierig sein. In einem solchen Falle werden also der Eigentümer oder die vorberechtigten Hypothekengläubiger wohlthun, von dem Hilfsmittel des französischen Rechts Gebrauch zu machen, nämlich noch vor dem Abbruch den Wert des fraglichen Hauses durch eine Schätzung feststellen zu lassen. Geht dieser Wert von dem Werte des Neubaues ab, so kann es auch vielleicht dahin kommen, daß die Bauübernehmer aus dem Neubau doch nicht ihre volle Befriedigung erhalten. Das läßt sich nach der Natur der Verhältnisse nicht ändern. Die Bauübernehmer müssen in Fällen dieser Art besonders vorsichtig sein.

Noch läßt sich die Frage erheben, ob denn das Vorrecht der Bauhandwerker sich auf den Fall beschränken soll, wo sie dem Eigentümer gegenüber Bauarbeiten übernommen haben, oder ob es nicht vielmehr auch dann einzutreten habe, wenn sie im Dienste eines Bauübernehmers die Bauarbeiten ver-

richtet haben? Auch für das letztere ließen ſich ja Billigkeitsgründe anführen. Aber die Sache iſt zu ſchwer juriſtiſch zu konſtruieren, als daß es ſich empföhle, auf dieſen Gedanken einzugehen. Der Haftung des Baues muß doch ſtets eine Forderung wider den Eigentümer des Baues zu Grunde liegen. Die Handwerker aber, die mit einem Bauübernehmer kontrahiert haben, haben nur eine Forderung wider dieſen, nicht wider den Eigentümer. Wie ließe ſich z. B. es rechtfertigen, daß ein Bauhandwerker zum Nachteil des Eigentümers ſich an den Bau halten könnte, nachdem der Eigentümer den Bauübernehmer voll ausbezahlt hat? In ſolchen Fällen werden alſo die Bauhandwerker darauf bedacht ſein müſſen, ſich dem Bauübernehmer gegenüber ſicher zu ſtellen. An den Eigentümer und folgeweiſe auch an den Bau können ſie ſich nicht halten.

Alle dieſe Erörterungen haben gezeigt, daß das vorgeſchlagne Vorrecht gewiſſe Schwächen in ſich trägt und kein ganz vollkommnes Inſtitut iſt. Das darf aber nicht abhalten, es wenigſtens inſoweit geſetzlich einzuführen, als es praktiſch durchführbar iſt. Auch damit wird im Intereſſe der Bauhandwerker ſchon ein Bedeutendes erreicht. Wollte man, weil man nicht alles erreichen kann, das Ganze verwerfen, ſo würde auch hier ſich der Satz bewähren, daß oftmals das Beſte der Feind des Guten iſt. Das Bedürfnis, unſre Bauhandwerker gegen den immer mehr zunehmenden Bauſchwindel zu ſchützen, iſt ein ſo dringendes Gebot der Gerechtigkeit, daß man dafür thun muß, was ſich eben thun läßt.

Hat der Eigentümer einen Anspruch auf Schutz gegen Vervielfältigung eines ihm gehörigen Schrift- oder Kunstwerks?

Diesem Aufsatze liegt ein Gutachten zu Grunde, das der Verfasser auf folgende Veranlassung erstattet hat.

Unter den im Verlage von S. Hirzel zu Leipzig erscheinenden „Publikationen aus den Königlich Preußischen Staatsarchiven" war ein Werk „Memoiren und Tagebücher von Henri de Catt" im französischen Originaltexte mit berichtigenden und erläuternden Anmerkungen von A. Koser herausgegeben. Bald darauf wurde eine Übersetzung dieses Werkes veranstaltet, die ein andrer Buchhändler, jedoch ohne die Anmerkungen, herausgab. Die Firma Hirzel erhob gegen diesen Buchhändler Klage wegen Nachdrucks, wurde aber damit zurückgewiesen, weil dem von ihr verlegten Werke ein gesetzlicher Schutz nicht zur Seite stehe. Infolge hiervon wurde von der Königlichen Verwaltung der Staatsarchive die Frage angeregt, ob nicht in unsrer Gesetzgebung eine Lücke sei, indem darin ein Schutz für den Herausgeber solcher bisher noch nicht erschienenen, an sich nicht mehr schutzberechtigten Schriftwerke fehle. Auch von andrer Seite war diese Frage schon angeregt worden. Der Börsenverein der deutschen Buchhändler hatte sich gleichfalls für die Einführung eines solchen Schutzes zu Gunsten der Veranstalter kritischer und instruktiver Ausgaben älterer, nicht mehr geschützter, insbesondre handschriftlicher Werke erklärt. Der Verein deutscher Musikalienhändler hatte auf den Mißstand hingewiesen, der in der

Schutzlosigkeit der Herausgabe älterer handschriftlicher Musikwerke liege, und der namentlich bei Veranstaltung kritischer Gesamtausgaben älterer Meister, deren Werke jetzt erstmalig aus den verborgnen Schätzen deutscher und italienischer Musikarchive hervorgezogen worden, sich fühlbar mache.

Dies alles gab Veranlassung, daß im Jahre 1887 der damalige Leiter des Reichsjustizamts von einer Anzahl deutscher Rechtsgelehrten, zu denen auch der Verfasser dieses Aufsatzes gehörte, eine gutachtliche Äußerung über die Frage forderte:

> ob und inwieweit dem, der ein bisher ungedrucktes Werk, auf dessen Schutz niemand mehr Anspruch zu machen hat, mit Genehmigung dessen, der über das Manuskript zu verfügen berechtigt ist, herausgiebt, ein gesetzlicher Schutz gewährt werden solle.

Da über den weitern Verlauf dieser Angelegenheit nichts verlautet hat, nehme ich keinen Anstand, mein damals erstattetes Gutachten über diese wissenschaftlich interessante Frage nach einer nochmaligen Überarbeitung jetzt zu veröffentlichen.

Vorausgeschickt muß werden, daß die Frage nicht ohne eine Vorgeschichte ist. Bereits der Entwurf eines Gesetzes der frühern Deutschen Bundesversammlung vom 19. Mai 1864 enthielt in § 10 folgende Bestimmung:

„Dem Urheber wird hinsichtlich des Schutzes gegen Nachdruck gleichgeachtet der Herausgeber bisher nicht gedruckter Schriften, deren Urheber bereits gestorben ist, und die an sich gegen Nachdruck nicht geschützt sind, mögen sie litterarische Erzeugnisse sein oder nicht. Von derartigen Schriften ist jedoch Dritten ein freierer Gebrauch als bei andern durch dieses Gesetz geschützten Werken gestattet, soweit er durch das Bedürfnis oder die Sitte des litterarischen Verkehrs gerechtfertigt ist, so namentlich z. B. das wörtliche Abdrucken zusammen mit einem Kommentar oder als Beleg der vorgetragnen eignen Ansichten."

Diese Bestimmung ist dann in das bayrische Gesetz vom

28. Juni 1865 Artikel 11 übergegangen. Im Anschluß hieran enthielt auch der erste, im Jahre 1868 dem Bundesrate vorgelegte Entwurf eines Reichsgesetzes gegen den Nachdruck folgende Bestimmungen:

§ 2. Dem Urheber wird in Beziehung auf den durch das gegenwärtige Gesetz gewährten Schutz gleichgeachtet:

a), b), c) . . . . .

d) derjenige, der ein bisher ungedrucktes Werk, auf dessen Schutz gegen Nachdruck zur Zeit niemand Anspruch zu machen berechtigt ist, mit Genehmigung des Eigentümers des Manuskripts ganz oder teilweise herausgiebt.

In dem Falle zu littr. d kommt es dem dritten Veranstalter eines Nachdrucks gegenüber auf die Thatsache, ob die Herausgabe des Manuskripts durch den Eigentümer desselben genehmigt worden ist, nicht an. Dagegen hat der Eigentümer des Manuskripts, wenn er seine Genehmigung zu der Herausgabe nicht erteilt hatte, das Recht, gegen den Herausgeber auf Entschädigung zu klagen, die Unterdrückung der Ausgabe und Abtretung der gegen den dritten Veranstalter eines Nachdrucks entstandnen Rechte zu fordern.

. . . . . .

Den Bestimmungen zu littr. d unterliegt auch der Fall, wenn das herausgegebne Werk zwar bereits gedruckt worden war, die Druckexemplare aber wegen ihrer Seltenheit oder aus andern Gründen in litterarischer Hinsicht einen ähnlichen Wert wie ungedruckte Manuskripte haben.

§ 4. Dem Nachdruck (§ 3) wird gleich geachtet:

a), b) . . . . .

c) die Veröffentlichung von Berichtigungen und kritischen Bearbeitungen des Textes eines Werkes, das an sich gegen Nachdruck nicht geschützt ist, jedoch nur insoweit, als sie für neu zu erachten sind und nur auf die Dauer von zehn Jahren seit ihrem ersten Erscheinen.

In den wesentlichen Punkten stimmten die hier vorgeschlagnen Bestimmungen mit Vorschlägen überein, die der Börsenverein deutscher Buchhändler in einem von ihm aufgestellten Entwurfe gemacht hatte. Zur Begründung war gesagt: „Der, der Manuskripte oder alte Drucke herausgiebt, ist nicht befugt, sie ohne Genehmigung des Eigentümers derselben mitzuteilen. Die Erlangung dieser Genehmigung ist aber eine Privatangelegenheit zwischen dem Herausgeber und dem Eigentümer; sie kommt dritten Personen gegenüber nicht in Betracht. Daher erlangt selbst der Herausgeber, der die Genehmigung vom Eigentümer des Manuskripts zu seiner Herausgabe nicht besaß, gegen den dritten Unternehmer eines Nachdrucks die Rechte des Autors, und weder bedarf er hierbei des Nachweises, jene Genehmigung erhalten zu haben, noch kann der Beklagte sich mit der Einrede, daß jene Genehmigung fehle, schützen. Dagegen ist der Herausgeber des Manuskripts im Falle fehlender Genehmigung einer Zivilklage vom Eigentümer des Manuskripts ausgesetzt, die auf Abtretung der in der Person des Herausgebers entstandnen Autorrechte, auf Unterdrückung der Ausgabe und vollen Schadenersatz gerichtet werden kann. Dies ist im vorletzten Alinea des § 2 angeordnet."

Im Bundesrate fanden aber die vorgeschlagnen Bestimmungen keine Annahme. Es sei von gelehrter Seite, wurde gesagt, geltend gemacht, daß ein solcher Schutz des ersten Herausgebers die Wissenschaft in hohem Maße beeinträchtigen und namentlich dahin führen könne, daß sich das Publikum viele Jahre lang mit schlechten Ausgaben begnügen müsse, falls der erste Herausgeber seiner Aufgabe nicht gewachsen sei. Da nun auch der Herausgeber begrifflich nicht mit dem Urheber gleichgestellt werden könne, vielmehr das Auffinden oder der Besitz eines solchen Manuskripts häufig auf Zufall beruhe, so sei von einem Schutze des ersten Herausgebers abgesehen worden.

Im Reichstag wurde zwar noch ein Antrag gestellt, der

den ersten Herausgeber einer nicht gegen Nachdruck geschützten Handschrift schützen wollte. Der Antrag wurde aber abgelehnt, weil es ein Schaden für die Wissenschaft sein würde, wenn durch einen solchen Schutz eine andre, vielleicht bessere Bearbeitung der alten Handschrift ausgeschlossen würde.

Wenn man diese ganzen Verhandlungen betrachtet, so kann man nur beklagen, daß durch eine nicht glückliche Stellung der Frage der Kern der Sache verhüllt worden und dadurch im Unklaren geblieben ist. Wollen wir über das Recht des ersten Herausgebers einer Handschrift zur Klarheit gelangen, so müssen wir auf ein tiefer liegendes Recht zurückgehen. Das ist das Recht des Eigentümers an der Handschrift.

Unsre Gesetzgebung schützt nur das Recht des Urhebers von einem Schrift- oder Kunstwerke. Mit Recht hat man diesen Schutz einen Schutz des geistigen Eigentums genannt. Der Urheber wird geschützt nicht zufolge seines körperlichen Eigentums an dem Werke, sondern zufolge seines Rechts an dem geistigen Inhalte desselben. Die Folge davon ist, daß er den Schutz genießt ohne Rücksicht darauf, wem das körperliche Eigentum an seinem Werke zusteht. Auch wenn er das Eigentum an seiner Schrift einem andern übertragen hat, darf dieser doch nicht ohne seine Einwilligung das Werk vervielfältigen.[1]) Umgekehrt behält der Verfasser eines Schriftwerks das Recht der Vervielfältigung, auch wenn er die Schrift aus der Hand gegeben hat, vorausgesetzt nur, daß er thatsächlich dazu noch imstande ist. Wer also z. B. eine

---

1) Es ist vorgekommen, daß Briefe jüngst verstorbner Personen von dem Empfänger, also dem Eigentümer der Briefe, als litterarisches Werk veröffentlicht worden sind anscheinend ohne Gestattung der Rechtsnachfolger des Verstorbnen. Vom Standpunkt der Nachdrucksgesetzgebung ist das gewiß sehr bedenklich. Einen weitgehenden Gebrauch von dieser Gesetzgebung hat freilich jüngst Pater Aurelian zu machen versucht, indem er die Veröffentlichung seines bekannten Berichts über die Teufelsbeschwörung als „Nachdruck" verfolgt hat. Es fragt sich, ob ein solcher Bericht als ein unter Schutz gestelltes „Schriftwerk" zu betrachten ist.

handschriftliche Sammlung seiner Gedichte einem Freunde geschenkt hätte, würde dadurch nicht gehindert sein, die Gedichte nach einer neuen Niederschrift herauszugeben. Ein Maler, der ein wertvolles Bild gemalt und verkauft hat, ist nicht gehindert, dasselbe Bild noch einmal zu malen und darnach Photographien herzustellen und in den Handel zu bringen. Durch dies alles wird das Recht dessen, dem das körperliche Eigentum an dem Schrift- oder Kunstwerke zusteht, nicht verletzt.

Verletzt aber wird dieses Recht — ganz unabhängig von dem Rechte des Urhebers —, wenn das dem Eigentümer gehörige Exemplar eines Schrift- oder Kunstwerks gegen seinen Willen benutzt wird, um darnach Vervielfältigungen zu veranstalten. Ein Recht hierzu steht auch dem Urheber nicht zu. Daß bisher dieses Recht des Eigentümers fast ganz unbeachtet geblieben ist, hat zunächst seinen Grund darin, daß in der großen Mehrzahl der Fälle Eigentum und Urheberrecht an einem Schriftwerk bis zu dessen Veröffentlichung in einer Person zusammenfallen. Der Eigentümer der Handschrift wird schon als Urheber geschützt und bedarf keines Schutzes aus seinem Eigentume. Sodann liegt aber auch ein überaus starker Schutz des Eigentümers schon in seinem Besitze, kraft dessen er jede mißbräuchliche Benutzung des ihm zugehörigen Werkes hindern kann.

Praktisch wird die Frage nach dem Schutze des Eigentümers vorzugsweise alsdann, wenn das Urheberrecht an dem Werke bereits erloschen ist. Ist nun zugleich das Werk von solcher individuellen Art, daß es einzig in der Welt dasteht, dann wird die Frage brennend: muß der Eigentümer sich gefallen lassen, daß ohne seinen Willen das Werk zu Vervielfältigungen benutzt wird? Und wenn es geschieht, gebührt ihm dagegen kein Rechtsschutz?

Denken wir uns also, es besitzt jemand das schriftlich hinterlassene Tagebuch eines berühmten Mannes, der schon seit länger als dreißig Jahren tot ist. Ein Freund, dem er

das Schriftwerk geliehen hat, oder ein treuloser Diener nimmt heimlich eine Abschrift davon, und darnach wird das Tagebuch veröffentlicht. Muß der Eigentümer sich das gefallen lassen? Schon unser natürliches Gefühl würde eine solche Handlung als einen litterarischen Diebstahl bezeichnen. Und das ist sie in der That. Das körperliche Eigentum an der Handschrift schließt auch das Eigentum an dem geistigen Inhalt desselben dergestalt in sich, daß niemand diesen geistigen Inhalt zum Nachteil des Eigentümers entfremden darf. Daß dem Eigentümer die Entscheidung über die Verwertung dieses geistigen Inhalts verbleiben muß, ist nicht bloß eine Folge seines Besitzes, sondern ist ein seinem Eigentum inhärierendes Recht. Es können sich an dieses Recht bedeutende Geldinteressen knüpfen. Es ist bekannt, welche große Summe z. B. für das von H. Heine hinterlassene Tagebuch zwecks Veröffentlichung desselben gezahlt worden ist. Sicherlich braucht sich doch der Eigentümer nicht gefallen zu lassen, daß ihm dieser aus seinem Eigentum zu ziehende Gewinn von einem andern vorweg genommen wird. Aber auch abgesehen hiervon können sich bedeutende Interessen an die Frage knüpfen, ob die Herausgabe einer Handschrift, an der kein Urheberrecht mehr besteht, geschehen soll oder nicht. Die Entscheidung hierüber muß aber dem Eigentümer verbleiben, und niemand ist berechtigt, sie ihm aus der Hand zu nehmen.

Ähnlich verhält es sich mit dem Eigentum an einem Kunstwerke. Gesetzt, es besitzt jemand ein Bild von einem alten berühmten Meister. Er giebt das Bild auf eine Ausstellung. Dort wird hinter seinem Rücken eine Photographie davon genommen, und bald darauf sieht er Nachbildungen des Gemäldes in allen Läden hängen. Muß sich der Eigentümer das gefallen lassen? Ist es eine Gerechtigkeit, wenn das Gesetz ihm dagegen keinen Schutz verleiht?[2])

---

2) Nur einen schwachen Anlauf zum Schutze des Eigentümers hat das Reichsgesetz vom 9. Januar 1876 genommen, indem es in § 8

Nun kann man vielleicht ſagen, daß Fälle dieſer Art doch zu ſelten ſeien, als daß das Geſetz ſie zu beachten brauche. Aber wir knüpfen an das Recht des Eigentümers eine weitere Folge, die viel tiefer eingreift. Muß man dem Eigentümer das Recht zuerkennen, jeden andern von der Verwertung ſeines Eigentums durch Vervielfältigung auszuſchließen, ſo muß man ihm auch das Recht zugeſtehen, ſelbſt ſein Eigentum, ſoweit ihm ein Urheberrecht nicht entgegenſteht, durch Vervielfältigung zu verwerten, und dieſes Recht muß einen dem Schutze des Urheberrechts analogen Schutz genießen. In dieſem Schutze ſetzt ſich das Recht des Eigentümers, jeden andern von der Vervielfältigung des Werkes auszuſchließen, fort. Der Grund, weshalb wir den Urheber ſchützen, iſt der, weil der Urheber allein in der Lage iſt, das von ihm geſchaffne Werk in die Welt zu ſetzen, und weil deshalb die Gerechtigkeit es erheiſcht, daß ihm, ſo wie er die Gefahr der Herausgabe übernimmt, auch deren Lohn zu teil wird. Ganz dasſelbe trifft aber auch zu, wenn eine Handſchrift, die nur einmal in der Welt exiſtiert, und an der Urheberrechte nicht mehr beſtehen, von dem Eigentümer herausgegeben wird. Auch dem Eigentümer muß dieſe Frucht ſeines Eigentums ungeſchmälert verbleiben. Natürlich muß dann auch dem Eigentümer geſtattet ſein, ſein Recht zur Herausgabe auf einen andern zu übertragen. Und ſo gelangen wir zu dem Satze, daß die erſte Ausgabe eines Werkes, das

Abſatz 2 beſtimmt: „Der Eigentümer eines Kunſtwerks iſt nicht verpflichtet, dasſelbe zum Zweck der Veranſtaltungen von Nachbildungen an den Urheber oder deſſen Rechtsnachfolger herauszugeben.“ Außerdem iſt (ebendaſelbſt Abſatz 1) beſtimmt, daß „bei Porträts und Porträtbüſten das Urheberrecht auf den Beſteller übergehe.“ Die nämliche Beſtimmung findet ſich auch in § 7 des Geſetzes vom 10. Januar 1876 zu Gunſten des Beſtellers eines photographiſchen Bildniſſes. Dabei iſt aber eine böſe Lücke entſtanden. Der Photograph ſelbſt genießt einen Schutz nur fünf Jahre lang; folgeweiſe auch der Beſteller eines Bildniſſes keinen längern. Nach fünf Jahren kann alſo z. B. jede Photographie, die eine Dame von ſich hat machen laſſen, beliebig vervielfältigt und verbreitet werden.

nicht mehr unter dem Schutze des Urheberrechts steht, gleichwohl zu Gunsten des Eigentümers der Handschrift oder dessen, auf den dieser sein Recht übertragen hat, gegen Nachdruck geschützt sein muß. Allerdings mag es kein Bedürfnis sein, diesen Schutz so weit auszudehnen, wie den des Urhebers. Die lange Dauer des Schutzes des Urhebers soll diesem und seinen Erben den vollen Lohn der geistigen Arbeit sichern. Diese Rücksicht kommt für den Eigentümer nicht in gleichem Maße in Betracht. Es würde genügen, wenn man das herausgegebne Werk etwa für zehn Jahre nach seinem Erscheinen gegen Nachdruck schützte.

Die hier angeregte Lehre wird vorzugsweise praktisch bei Herausgabe von alten Handschriften, die sich in öffentlichen Archiven und Bibliotheken vorfinden. Zunächst entsteht die Frage: darf jemand solche Handschriften herausgeben ohne Einwilligung der Archiv- oder Bibliothekverwaltung? Es wäre ja denkbar, daß er sich heimlich eine Abschrift nähme und darnach die Handschrift veröffentlichte. Wäre das ein rechtmäßiges Verfahren? Ich verneine es. Es mag immerhin vorkommen, daß wertvolle Urkunden in Archiven u. s. w. erst durch den Fleiß der Besucher entdeckt werden. Aber auch solche Funde fallen doch nicht frei dem Entdecker anheim. Will er sie zu einer Veröffentlichung benutzen, so muß er erst die Verwaltung darum angehen.

Wenn aber die Archivverwaltung selbst Urkunden, die sie besitzt, veröffentlicht, so muß sie hierfür den Schutz genießen, der dem Eigentümer der Handschrift gebührt. Die königliche Verwaltung der Staatsarchive hatte also ganz recht, wenn sie sich durch eine zweite Herausgabe der de Cattschen Briefe verletzt fühlte.

Nun ist noch die Frage zu besprechen, ob der Eigentümer, der einem andern die Herausgabe einer Handschrift gestattet, hiermit darauf verzichtet, auch noch Dritten die Herausgabe der Handschrift zu gestatten. Soweit er dies thut, wird man zugleich annehmen dürfen, daß er sein Anrecht

auf Schutz auf den Herausgeber übertragen habe. Natürlich kann die Frage nur gestellt werden, wenn nichts darüber ausgemacht ist. Hätte sich der Eigentümer ausdrücklich vorbehalten, auch noch andern die Herausgabe zu gestatten, so hätte unzweifelhaft der erste Herausgeber kein Recht, dies zu hindern. Ist nun aber ein solcher Vorbehalt nicht gestellt worden, dann dürfte nach Lage der Fälle zu unterscheiden sein.

Besteht die Herausgabe in einem einfachen Abdrucke der Handschrift, dann würde es der bona fides des litterarischen Verkehrs widersprechen, wenn der Eigentümer stillschweigend sich das Recht hätte vorbehalten wollen, auch noch andern die Herausgabe zu gestatten. Dementsprechend wird man auch annehmen dürfen, daß in einem solchen Falle der Eigentümer das ihm zukommende Schutzrecht auf den Herausgeber der Handschrift habe übertragen wollen.

Anders, wenn es sich um eine Herausgabe handelt, die nur auf Grund einer wissenschaftlichen Bearbeitung oder kritischen Erforschung des Inhalts der Handschrift erfolgen kann. Liegt so die Sache, dann wird man im Zweifel nicht annehmen können, daß der Eigentümer durch die Gestattung der Herausgabe an den einen auf das Recht, auch andern eine solche zu gestatten, habe verzichten wollen. Denn an die wiederholte Bearbeitung können sich sehr erhebliche wissenschaftliche Interessen knüpfen. Eine weitere Herausgabe würde daher, vorausgesetzt, daß sie als selbständiges wissenschaftliches Werk sich darstellte, durch die erste Herausgabe nicht gehindert sein. Auch eine photographische Nachbildung, die ja bei interessanten Handschriften jetzt öfters vorkommt, würde dem Eigentümer oder mit seiner Gestattung einem Dritten als vorbehalten anzusehen sein.

Daß aber der Herausgeber der Handschrift sein Recht immer nur aus der Person des Eigentümers ableitet, daran knüpfen sich einige weitere Folgerungen. Zunächst die, daß im Zweifel der Herausgeber immer nur einen Anspruch auf Schutz für die Auflage hat, die ihm vom Eigentümer gestattet

worden ist. Will er eine weitere Auflage veranstalten, so muß er den Eigentümer darum angehen. Auch ist nach Vergreifen der gestatteten Auflage der Eigentümer nicht gehindert, eine andre Herausgabe zu veranstalten. Eine weitere Folgerung, die wir ziehen müssen, geht dahin: derjenige, der ohne Gestattung des Eigentümers eine Handschrift herausgiebt, hat keinen Anspruch auf Schutz derselben, weder dem Eigentümer, doch einem Dritten gegenüber. Es war verfehlt, wenn der obengedachte Entwurf des Reichsgesetzes dem ersten Herausgeber Schutz gewähren wollte, auch wenn dieser ohne den Willen des Eigentümers die Herausgabe veranstaltet habe. Vielmehr hat in diesem Falle der erste Herausgeber nicht mehr Rechte als der zweite. Beide sind im Verhältnis zum Eigentümer Nachdrucker. Will der Eigentümer sein Recht nicht verfolgen, so liegt doch kein Grund vor, dem einen Nachdrucker vor dem andern den Vorzug zu geben. Der Einwand, daß darnach der erste Herausgeber, um geschützt zu sein, stets die Gestattung des Eigentümers beweisen müsse, wiegt nicht sehr schwer. Denn auf diesen Beweis muß er schon gefaßt sein, um nicht dem Eigentümer gegenüber als Nachdrucker zu gelten. Er wird aber auch, wenn die Gestattung geschehen ist, den Beweis in der Regel leicht erbringen können.

Die hier vertretenen Gedanken würden etwa in folgenden Gesetzesparagraphen ihren Ausdruck finden:

§ a

Unabhängig von dem Rechte des Urhebers hat der Eigentümer einer ein Schriftwerk enthaltenden Handschrift[3]) ein Recht darauf, daß diese Handschrift nicht ohne seine Gestattung zur Vervielfältigung des Schriftswerkes benutzt werde. Zuwiderhandlungen gelten als Nachdruck, den der Eigentümer

3) Dieser etwas schwerfällige Ausdruck ist gewählt, weil meines Erachtens nicht jede Handschrift ein „Schriftwerk" im Sinne des Nachdruckgesetzes enthält.

der Handschrift zu verfolgen berechtigt ist. Etwa noch bestehende Rechte des Urhebers bleiben daneben vorbehalten.

§ b

Hat der Eigentümer oder mit seiner Gestattung ein andrer die Handschrift durch den Druck vervielfältigt, so wird diese Herausgabe auf Antrag des Eigentümers oder des Herausgebers innerhalb eines Zeitraums von zehn Jahren nach dem Erscheinen gegen Nachdruck geschützt.

§ c

Handelt es sich um eine Handschrift, deren Herausgabe durch eine wissenschaftliche Bearbeitung bedingt ist, so ist der Eigentümer durch die Gestattung einer Herausgabe nicht gehindert, eine neue Herausgabe zu veranstalten oder deren Veranstaltung einem Dritten zu gestatten.

Die neue Herausgabe gilt im Verhältnis zu der frühern nicht als Nachdruck, wenn sie als selbständiges wissenschaftliches Werk sich darstellt.

Auch wird durch die einem andern gestattete Herausgabe einer Handschrift der Eigentümer nicht gehindert, photographische Nachbildungen der Handschrift herstellen zu lassen.

§ d

Den in § b angeordneten Schutz genießen auch bereits herausgegebne Werke neu erscheinenden Herausgaben gegenüber, wenn die zehnjährige Schutzfrist noch nicht abgelaufen ist.

Das wissenschaftliche Interesse, daß nicht durch eine erste, vielleicht schlechte Ausgabe einer Handschrift bessere Ausgaben gehindert werden — dieses Interesse hat in den Verhandlungen des Bundesrats und des Reichstags eine große Rolle gespielt, wobei sich auf berühmte Gelehrte berufen wurde —, halte ich durch eine Bestimmung, wie die in § c vorgeschlagne, für genügend gewahrt. Ich glaube auch, daß das von mir aufgestellte Merkmal:

daß die neue Herausgabe als eine selbständige wissenschaftliche Arbeit sich darstellt,

nicht allzu schwer zu erkennen sein würde. Als solche würde eine neue Herausgabe zu gelten haben, wenn sie wesentliche Verbesserungen des Textes enthielte. Eine bloße Wiederholung des frühern Abdrucks mit hinzugefügten erläuternden oder kritischen Bemerkungen würde allerdings meiner Ansicht nach nicht von dem Vorwurf des Nachdrucks frei sein. Solche Zusätze würden ohne Schaden für die Wissenschaft auch ohne wiederholten Abdruck des Textes veröffentlicht werden können. Daß dadurch die Benutzung etwas unbequemer würde, halte ich nicht für so wichtig, wie den Schutz, der dem ersten Herausgeber aus dem Rechte des Eigentümers gebührt.

Die Frage, ob man auch selten gewordne Drucke einer Handschrift gleichhalten solle, wird davon abhängen, ob solche Drucke, bei denen sich eine neue Herausgabe lohnt, so häufig vorkommen, daß sie besondre Berücksichtigung durch die Gesetzgebung verdienen.

Daß der hier befürwortete Schutz grundsätzlich auch für Kunstwerke gerechtfertigt sein würde, ergiebt sich aus meiner obigen Ausführung. Vielleicht aber hat sich hier die Lücke der Gesetzgebung praktisch kaum fühlbar gemacht.

Der hier vertretene Gedanke ist auch in dem von mir herausgegebnen Gesetzentwurf zum bürgerlichen Gesetzbuch zum Ausdruck gebracht. Der von mir dort vorgeschlagne § 650 entspricht im wesentlichen dem oben formulierten § a.

Die Grenzen der Rechtsprechung

[Grenzboten 1893, I]

Vor etwa Jahresfrist habe ich in diesen Blättern einen Buchhändlerprozeß besprochen, dessen Entscheidung durch das Reichsgericht in den Kreisen der Buchhändler großes Aufsehen erregt hatte.[a] Der Vorstand des Börsenvereins zu Leipzig hatte nach einem von dem Verein gefaßten Beschluß, wonach gegen die sogenannten Schleudrer im Buchhandel mit voller Strenge vorgegangen werden sollte, in einer Veröffentlichung die Berliner Firma Mayer und Müller als Schleudrer bezeichnet und die Mitglieder aufgefordert, dieser Firma keine weitern Verlagsartikel zu liefern. Die genannte Firma verklagte darauf zwei in Berlin wohnende Vorstandsmitglieder auf Schadenersatz. Das Landgericht und das Kammergericht in Berlin wiesen die Klage als unbegründet ab. Das Reichsgericht aber, an das nunmehr die Sache kam, erklärte den Schadenersatzanspruch für begründet. In dem Urteil wird die Sache so hingestellt, als ob der Betrieb

[a] Dieser frühere Aufsatz ist hier nicht aufgenommen. Hatte auch die Reichsgerichtsentscheidung durch die Annahme, daß jede Schädigung eines Geschäftsbetriebs, die in andrer Weise als in Ausübung eines Konkurrenzbetriebs erfolge, eine objektiv widerrechtliche, zum Schadenersatz verpflichtende Handlung sei, das natürliche Rechtsgefühl verletzt, so konnte doch diese Entscheidung für eine vereinzelte Irrung gehalten werden. Erst dadurch, daß ein Mitglied des Reichsgerichts in einer Verteidigung der Entscheidung dieser eine grundsätzliche Bedeutung beilegte, erwuchs eine Gefahr für die Rechtsprechung, gegen die eine weitere, in dem hier mitgeteilten Aufsatz enthaltene Erörterung nötig erschien.

eines Gewerbes ein absolutes Recht, gleichsam ein Eigentum bilde, in das niemand, wenn er nicht ein besondres Recht dazu nachweisen könne, schädigend eingreifen dürfe. Darnach sind dann auch schließlich, nachdem der Prozeß sechs Instanzen durchlaufen hatte, die beiden Verklagten durch Urteil des Kammergerichts vom 25. November 1892 zur Zahlung von 2100 Mark Schadenersatz verurteilt worden.

Übereinstimmend mit dem größten Teile des Buchhändlerstandes konnte ich das Urteil des Reichsgerichts nicht dem Rechte für entsprechend halten und führte diese Ansicht in dem oben erwähnten Aufsatze aus. Bei dem auffallenden Widerspruch, in dem sich das Urteil zu allen bisher für maßgebend gehaltenen Rechtsgrundsätzen stellte, und bei der übermäßigen Ausführlichkeit seiner Begründung konnte man damals wohl schon ahnen, daß noch etwas tieferes dahinter stecke. Inzwischen hat nun Wiener (Senatspräsident beim Reichsgericht und vor Jahresfrist noch Mitglied des ersten Senats, der jenes Urteil gegeben hat) eine Verteidigung des Urteils unternommen und diese in Goldschmidts Zeitschrift für Handelsrecht veröffentlicht. Darf man annehmen, daß das, was Wiener sagt, auch im Sinne des Gerichts der Entscheidung wirklich zu Grunde liege, so gewinnt man dadurch einen tiefern Einblick in die mit dem Urteil verbundne Absicht, die über den einzelnen Fall weit hinausreicht. Wiener sagt nämlich am Schluß seiner Abhandlung:

Bährs Erstaunen über die getroffne Entscheidung erklärt sich allein daraus, daß sein grundsätzlicher Standpunkt ein von dem des Reichsgerichts durchaus verschiedner ist. Heftige Kämpfe im Wirtschaftsleben mit Erscheinungen, wie Kartelle, Ringe, genossenschaftliche Versuche zur Bewältigung widerstrebender, sind in Deutschland verhältnismäßig jungen Datums. Vermöge der Züge, die der hier zur Beurteilung gelangte Fall aufweist, stellte derselbe, wenn ihm auch die Eigenart des buchhändlerischen Gewerbebetriebes eine gewisse Besonderheit verleihen mag, den höchsten Gerichtshof unsers Wissens zum erstenmal vor die Frage, welche Grenzen dem Rechtsschutz für den Einzelnen gegenüber

solchen Erscheinungen nach dem bürgerlichen Recht gesteckt seien. Wer diesen Rechtsschutz des Individuums darauf beschränkt erachtet, daß ihm die Verträge gehalten werden, oder Angriffen auf Leib und Gut mittelst einer kriminalrechtlich zu ahndenden Handlung gewehrt wird, der muß freilich zum Schutz auch gegen die empfindlichsten Angriffe, wenn sie nur alles dieses vermeiden, immer ein besondres Einschreiten der Gesetzgebung fordern. Die in Deutschland geltenden Kodifikationen des bürgerlichen Rechts kennen aber einen Begriff der widerrechtlichen Kränkung und Beschädigung, der allgemein genug ist, um auch eine Schutzwehr gegen anders geartete Angriffe zu bieten. Auf solchen allgemeinen Gesetzesgedanken beruht die Entwicklungsfähigkeit des Rechts auch innerhalb der durch das Gesetz gegebnen Schranken. Sie befähigen den Richter — um bei dem vorliegenden Falle zu bleiben —, die richtige Stellung auch gegenüber neuen Erscheinungen des Interessenkampfes zu finden, bei denen sinnreiche Systeme zur Unterbindung aller natürlichen Lebensbeziehungen eines andern ein helleres Licht auf dasjenige, was unter dem Begriff der Persönlichkeit zu schützen ist, werfen und zugleich zu einer Prüfung der Art der gewählten Mittel herausfordern. Gewiß wird damit dem Richter eine der schwierigsten Aufgaben gestellt, und die Art ihrer Lösung wird im Beginn solcher Rechtsentwicklung immer Anfechtung erfahren. Es ist schwer, die Grenze prinzipiell zu bezeichnen oder auch nur im Einzelfalle richtig aufzufinden, an der die statthafte Bewährung der Kraft des einen in die unstatthafte Verletzung des andern umschlägt. Am wenigsten aber wird man der Aufgabe gerecht werden, wenn man, statt alle Einzelheiten des Falles genau in Betracht zu ziehen, andre Fälle, denen gewisse Züge des zu entscheidenden fehlen oder andre beigemischt sind, unterstellt und aus der Annahme, daß diese statthaft sein müssen — man braucht nur an die Fälle zu denken, daß der Oberst den Offizieren, der Arbeitgeber den Arbeitern aufgiebt, ein bestimmtes Lokal zu meiden —, die Statthaftigkeit des vorliegenden folgert. Betrachtet man in unserm Falle auch unter Absehen von dem gewollten Ziele, die Schleuderer aus der buchhändlerischen Gemeinschaft auszuschließen, die dazu gewählten Mittel, so waren es die öffentliche Schmälerung des Ansehens des Betroffnen durch die Kundgebungen und die Bedrohung aller Genossen mit den gleichen Maßregeln, falls sie die Sperre nicht vollzögen, die dem Reichsgericht unstatthaft erschienen.

Nach dieser Ausführung Wieners hat hier also das Reichsgericht zum erstenmale ein Urteil gegeben, das die Bestimmung hatte, in die sozialen Kämpfe der Neuzeit in der Art einzugreifen, daß die Kämpfenden je nach der größern Gunst oder Ungunst, mit der sie das Gericht betrachtet, mit empfindlichen Verurteilungen zum Schadenersatz heimgesucht werden sollen. An den Buchhändlern sollte hier zuerst ein Exempel statuiert werden. Ob das Bewußtsein hiervon dazu beitragen wird, daß die davon betroffnen Männer, wie Wiener ihnen anrät, ihre Verurteilung mit nicht allzu großer Empfindlichkeit hinnehmen, lassen wir dahin gestellt sein. Wiener bezeichnet „Kartelle, Ringe und genossenschaftliche Verbände“ als die Gesellschaftsgruppen, gegen die ein Rechtsschutz gewährt werden solle. Man wird aber wohl nicht fehlgehen, wenn man annimmt, daß durch das Urteil vorzugsweise ein Vorgehen gegen die sogenannten Boykottierungen eingeleitet werden sollte.

Nun sind ja gewiß diese Boykottierungen höchst beklagenswerte Erscheinungen unsers sozialen Lebens. Aber wir halten doch die Justiz nicht für berufen, ein neues Recht dagegen zu erfinden. Das liegt auch nicht innerhalb der „Entwicklungsfähigkeit“ der Rechtswissenschaft. Wiener sagt, die in Deutschland geltenden Kodifikationen gäben einen genügenden Anhalt dazu. Wo sind denn die Bestimmungen dieser Kodifikationen, die das enthalten? Wo stellen die Kodifikationen einen so allgemeinen Begriff der „widerrechtlichen Kränkung und Beschädigung“ auf? Zu jeder „widerrechtlichen Kränkung“ gehört doch vor allem ein Recht, das gekränkt sein müßte. Wo ist denn nun aber das Recht der Schleuderer, das durch die Handlungsweise des Börsenvorstands gekränkt worden ist? Wiener sagt, der Begriff der Persönlichkeit müsse geschützt werden. Die Persönlichkeit giebt nicht einen solchen allgemein zu schützenden Begriff ab, sondern sie wird nur in bestimmten Beziehungen vom Rechte geschützt. Neben dem Anspruch auf Unversehrtheit des Körpers

hat jeder kraft seiner Persönlichkeit Anspruch auf Schutz seiner Ehre. Daß nun das Vorgehen des Börsenvorstands ein ehrverletzendes sei, hat das Reichsgericht selbst nicht angenommen. Auch von andern Gerichten sind mehrfache Versuche der Schleuderer, jenes Vorgehen mit der Beleidigungsklage anzugreifen, abgewiesen worden. Welches weitere Recht der Persönlichkeit giebt es nun, das in unsern Rechten in der Art geschützt würde, daß jemand sagen dürfte: „Mir ist hier ein Schaden zugefügt worden, dadurch ist meine Persönlichkeit gekränkt. Folglich muß mir der Schaden ersetzt werden!“ Ein solches Recht der Persönlichkeit giebt es nicht.

Soll gegen die Boykottierungen vorgegangen werden, so muß sich die Gesetzgebung daran versuchen. Sie wird es aber schwerlich weiter bringen, als daß sie dabei vorkommende Ausschreitungen unter Strafe stellt, gerade so, wie auch die Gewerbeordnung die Ausstände der Arbeiter an sich zugelassen und nur die dabei vorkommenden Ausschreitungen (§ 153) mit Strafe bedroht hat.

Die Gerichte aber haben um so weniger den Beruf, hier mit einem neuen Rechte vorzugehen, als sie gar nicht imstande sind, dieses Recht folgerichtig durchzuführen. Die Aufgabe ist nicht bloß, wie Wiener sagt, „eine der schwierigsten,“ sondern sie ist gar nicht zu lösen. Indirekte Zwangsmittel, um soziale Zwecke zu erreichen, werden heute von allen Seiten angewendet. Wiener selbst führt Beispiele an, die ihm vielleicht schon bei Beratung des Urteils in seinem Senat entgegengebracht worden sind. Er erwähnt die Fälle, daß ein Oberst seinen Offizieren, ein Arbeitgeber seinen Arbeitern den Besuch bestimmter Lokale verbietet. Noch jüngst ist im Reichstage über diese Dinge verhandelt und dabei erwähnt worden, daß sie namentlich auch in Leipzig eine Rolle spielen. Der Verlauf der Sache ist gewöhnlich folgender. Gewisse Gastwirtschaften öffnen den Sozialdemokraten ihre Räume. Dann verbietet der Regimentskommandeur nicht allein seinen Soldaten, diese Wirtschaften zu besuchen, sondern

auch seiner Militärkapelle, in diesen Wirtschaften Konzerte zu halten. Natürlich werden dadurch die Wirte sehr geschädigt. Entziehen nun die Wirte den Sozialdemokraten ihre Räume, so boykottieren diese die Bierbrauer, von denen die Wirte ihr Bier beziehen, und fügen dadurch den Brauern und den Wirten den größten Schaden zu. So wird Boykott mit Boykott beantwortet. Müßte man nun nicht, wenn man die Arbeiter für die Boykottierung der Wirte ersatzpflichtig machen wollte, auch den Kommandeur, der durch sein Verbot die Wirtschaften geschädigt hat, für ersatzpflichtig halten? Nein! sagt Wiener; man muß alle Einzelheiten des Falls genau in Betracht ziehen und darnach unterscheiden. Wir können hier keinen Unterschied finden. Im Gegenteil: der Regimentskommandeur übt doch auf seine Untergebnen einen ganz andern Zwang aus, als der, der durch seine einfache Aufforderung auf andre einwirkt. Jener müßte also um so mehr zum Schadenersatz für verpflichtet gehalten werden. In ähnlicher Weise gestaltet sich das Verhältnis zwischen Arbeitgebern und Arbeitern. Die Arbeitgeber verbieten den Arbeitern bei Strafe der Entlassung, bestimmte Wirtschaften zu besuchen oder bestimmte Zeitungen zu halten. Hat jeder Gewerbtreibende ein Recht darauf, daß ihm niemand durch Verbote u. s. w. seine Kundschaft entzieht, so müßte auch der Arbeitgeber den Wirten und den Zeitungsverlegern für ersatzpflichtig gehalten werden. Denn das Recht muß, wie Regen und Sonnenschein, für alle gleich sein.

Jedenfalls hat das Reichsgericht, wenn es auch seinerseits die von Wiener empfohlene Unterscheidung zwischen Schonung und Strenge zu machen beabsichtigen sollte, in dem Buchhändlerprozeß ein wenig glückliches Beispiel für die anzuwendende Strenge gewählt, wie dies auch der weitere Verlauf, den die Sache genommen hat, ergiebt.

Es ist nämlich nicht bei dem einen Prozesse geblieben. Ermutigt durch das Reichsgerichtsurteil, hat die Firma Mayer und Müller noch einen zweiten Prozeß gegen die übrig-

gebliebnen vier Mitglieder des Börsenvorstands angestrengt und darin eine noch weit höhere Entschädigung (17000 Mark) berechnet. Die Sache ist in erster Instanz bei dem Landgericht in Leipzig entschieden worden. In einem (wiederum höchst weitschweifig begründeten) Urteil spricht das Landgericht aus, daß allerdings in dem Verfahren des Börsenvorstands, objektiv betrachtet, eine unerlaubte, an sich rechtswidrige Handlung liege. Aber — den Verklagten habe das Bewußtsein der Widerrechtlichkeit gefehlt, und deshalb seien sie freizusprechen.

Diese Entscheidung kommt dadurch zu einem richtigen Ergebnis, daß sie dem Fehler des Reichsgerichts einen zweiten Fehler hinzufügt. Wäre wirklich das Verfahren des Börsenvorstands objektiv rechtswidrig, so würde ihn sein subjektiver guter Glaube von der Haftbarkeit nicht befreien können. Allerdings kann ein thatsächlicher Irrtum die Haftbarkeit für eine Schädigung fremden Rechts ausschließen. Wenn jemand eine in seinem Besitze befindliche fremde Sache, die er für sein Eigentum hält, mutwillig zerstört, so kann nicht nachher der Eigentümer kommen und sagen: Du hast meine Sache zerstört, folglich mußt du mir Ersatz leisten. Der Zerstörer ist frei, weil er geglaubt hat, die Sache sei seine eigne. Denken wir uns nun aber folgenden Fall: Jemand schlüge einem andern die Fenster ein und sagte dann zu seiner Entschuldigung, der andre habe ihn beleidigt, und deshalb habe er geglaubt, ihm die Fenster einschlagen zu dürfen. Würde er damit durchkommen? Nein! Auch wenn er den bündigsten Beweis führte, daß er das wirklich geglaubt habe, würde er die Fenster bezahlen müssen. Das kann auch nicht anders entschieden werden, mag nun gemeines, preußisches oder sächsisches Recht zur Anwendung kommen. Es liegt in der ewigen Natur der Dinge. Ganz mit Recht hat deshalb auch das Reichsgericht in seinem Urteile die Frage des subjektiven Verschuldens völlig außer Acht gelassen. Gern aber nehme ich zu Ehren des Landgerichts an, daß seine Entscheidung

in ihrem letzten Grunde auf dem natürlichen Rechtsgefühl beruhte, daß es ihm unmöglich erschien, Ehrenmänner — diesen Ausdruck gebraucht das Urteil — wegen einer in ihrem Berufe ausgeübten Thätigkeit zu verurteilen.

Nun kam die Sache an das Oberlandesgericht in Dresden. Auch dieses stellt in seinem Urteil die Doppelfrage: War die Maßregel an sich rechtswidrig, und traf die Verklagten dabei ein Verschulden? Zu der ersten Frage sagt das Urteil, daß die Rechtswidrigkeit „erheblichen Zweifeln unterliege," und daran knüpft es eine Ausführung, die auf eine Widerlegung der Gründe des Reichsgerichts hinausläuft. Dann aber sagt das Gericht, es komme auf diese Frage nicht an, wenn es an einem Verschulden der Verklagten fehle; und diese Annahme begründet es mit Bestimmungen des sächsischen Gesetzbuchs. Übereinstimmend mit dem Landgericht verneint es dann ein solches Verschulden und bestätigt darnach die Entscheidung der Vorinstanz. Auch dieses Urteil ist juristisch nicht ganz korrekt; aber es ist menschlich sehr wohl zu verstehen. Offenbar war das Gericht der Ansicht, daß in dem Handeln der Verklagten eine Widerrechtlichkeit nicht enthalten sei. Geht man hiervon aus, so kann man ja auch sagen, daß ein Verschulden der Verklagten nicht vorliege. Indem nun aber das Gericht dieses letztere betonte, gab es eine Entscheidung, die es vermied, sich mit dem Reichsgerichtsurteil geradezu in Widerspruch zu setzen, und die zugleich dadurch, daß sie ausschließlich das sächsische Gesetzbuch zur Grundlage nahm, sich der weitern Revision durch das Reichsgericht entzog. Die Verklagten sind dadurch endgiltig freigesprochen. Auch hier hat also die Ansicht des Reichsgerichts eine Niederlage erlitten.[a]

---

[a] Nachträglich bin ich darauf aufmerksam gemacht worden, daß das Reichsgerichtsurteil auch unmöglich machen würde, daß ein Berufsstand gegen ihm anhaftende unsaubere Elemente öffentlich auftritt, namentlich sich gegen solche abschließt. So ist es noch jüngst bei der Börsenenquete zur Sprache gekommen, daß eine Anzahl Berliner Börsenfirmen einen Verein geschlossen haben, um im Wege der Selbsthilfe gegen die

Mit seinem Urteile hat das Reichsgericht einen sehr bedenklichen Weg eingeschlagen. Gerade bei der Unabhängigkeit der Justiz sollte das Reichsgericht, über dem sich nur der blaue Himmel wölbt, vermeiden, neues Recht machen zu wollen, zumal auf Gebieten, die zu beherrschen es schwerlich imstande ist. Man muß daher nach der Erläuterung, die Wiener der Sache gegeben hat, das Reichsgerichtsurteil um so mehr beklagen.

Übrigens ist dieser Rechtsfall auch noch in andrer Beziehung sehr belehrend. Er läßt erkennen, welchen Gefahren richterlicher Willkür wir entgegenzusehen hätten, wenn die Begriffsbestimmungen für „unerlaubte Handlungen" so, wie sie in dem Entwurfe zum bürgerlichen Gesetzbuch (auch nach der zweiten Lesung) enthalten sind, Gesetz werden sollten.

Börsianer vorzugehen, die mit gewissen unwürdigen Berufsgenossen Geschäfte machen. Wenn nun der Vorstand dieses Vereins seinen Mitgliedern diese unsaubern Elemente bezeichnet, soll er dafür schadenersatzpflichtig werden?

Der Eid und das religiöse Gewissen

[Preußische Jahrbücher, 1883. Bd. 51]

I

Bei allen Kulturvölkern hat man das Bedürfnis empfunden, für die Wahrheit gewisser Aussagen oder Zusagen eine größere Bürgschaft zu gewinnen durch eine besonders feierliche Form, in der diese abgegeben werden. Dies ist die Bedeutung des Eides. Der Eid ist keine Erfindung des Christentums. Er hatte als Rechtsinstitution bereits im römischen Rechte noch vor der christlichen Zeit eine Ausbildung gewonnen, auf die noch heute zum großen Teil unser Eidesrecht sich gründet.

Die Feierlichkeit des Eides beruht in zweierlei: einmal in dem Aussprechen gewisser Worte, die mit der Versicherung der Aussage oder Zusage verbunden werden — der Eidesformel; sodann in den besondern Thätigkeiten oder Umständen, die jenes Aussprechen begleiten — der Eidesform. Was die Eidesformel betrifft, so bestand sie von Alters her in der Bezugnahme auf Gegenstände, die dem Schwörenden teuer waren. Im römischen Recht konnte jemand schwören „bei Gott," aber auch „bei seinem Haupte," oder „bei dem Haupte seiner Kinder" oder „bei seinem Heile"; auch „beim Genius des Fürsten." Der, der den Eid forderte, hatte die Art und Weise der Leistung zu bestimmen. Als das Christentum in die römische Welt eindrang, entstand zunächst die Frage, ob nach einem bekannten Bibelausspruch der Eid für Christen überhaupt erlaubt sei. Vorzugsweise durch den Einfluß Augustins drang die bejahende Ansicht durch. Natürlich

richtete man nun die Eidesformel auf Gegenstände, die dem Christen heilig waren. Der von Justinian angeordnete Diensteid der Beamten lautet dahin: „Ich schwöre bei dem allmächtigen Gott und dessen eingebornem Sohn, unserm Herrn Jesus Christus, und dem heiligen Geiste und bei der heiligen ruhmreichen Mutter Gottes, der stets jungfräulichen Maria, und bei den vier Evangelien, die ich in meinen Händen halte, und bei den heiligen Erzengeln Michael und Gabriel" u. s. w. In einer spätern Gesetzstelle vom Jahre 600 wird der Eid dahin bestimmt: „Ich schwöre bei Gott dem Allmächtigen und diesen vier heiligen Evangelien, die ich in den Händen halte, und beim Heil unserer Herrn, die den Staat regieren" u. s. w. Zugleich mit diesen Formeln wurden auch bestimmte Formen der Eidesleistung eingeführt, indem namentlich eine gewisse Thätigkeit der rechten Hand gefordert wurde. Der Schwörende mußte die Hand auf die Bibel legen, oder heilige Reliquien berühren. Auch kam die Sitte auf, die rechte Hand oder die drei Schwurfinger in die Höhe zu halten. Frauen und Geistliche legten die Hand aufs Herz. Als Ort der Eidesleistung wurde öfters die Kirche bestimmt. Der Schwörende mußte vor dem Altare knieen. Oder es wurden, wenn an anderm Orte der Eid geleistet ward, Kruzifix und Lichter zur Stelle gebracht. Auf diesen Grundlagen hatten sich Formel und Formen der Eidesleistung in den verschiednen Ländern, namentlich auch in Deutschland, verschieden ausgebildet.

II

Um die Bedeutung der Förmlichkeiten der Eidesleistung richtig zu würdigen, müssen wir vor allem die Bedeutung des Eides selbst uns klar machen. Die Leistung des Eides ist eine Anforderung, die der Staat an jemanden stellt, sei es, daß er sie absolut stellt und dann ihre Erfüllung durch Strafen erzwingt (wie beim Zeugeneid), sei es, daß er sie nur relativ stellt, indem er die Erlangung oder Ausübung gewisser Rechte des Schwörenden davon abhängig macht (wie beim Parteien-

eid). Der Staat stellt diese Anforderung zu dem verständigen Zweck, um den Schwörenden zur Aussage der Wahrheit moralisch zu nötigen. Er benutzt dazu das mutmaßliche religiöse Gefühl des Schwörenden, an dem er gleichsam den Hebel ansetzt, um die Wahrheit herauszuheben. Der Eid ist hiernach gegen den Schwörenden gerichtet. Er soll gegen ihn einen Zwang ausüben, der in keiner andern Weise geübt werden kann. Die ältern Juristen bezeichneten ihn deshalb als eine tortura spiritualis. Dagegen hat der Eid ganz und gar nicht den Zweck, dem Schwörenden irgend eine subjektive Befriedigung zu gewähren. Namentlich ist der Eid nicht (etwa wie das heilige Abendmahl) bestimmt, als Akt des religiösen Kultus oder als Gelegenheit zur Ablage eines religiösen Glaubensbekenntnisses zu dienen. Der Staat bestimmt die Förmlichkeiten der Eidesablage so, wie er glaubt, daß sie in das Gemüt des Schwörenden am tiefsten eingreifen und dadurch den beabsichtigten geistigen Zwang zur Aussage der Wahrheit am sichersten ausüben. Geht der Staat hierin fehl, so verletzt er sein eignes Interesse, indem er sich des besten Mittels zur Erforschung der Wahrheit begiebt; nicht aber wird der verletzt, von dem der Eid verlangt wird, da dieser doch nicht darüber sich beklagen kann, daß der Staat nicht das geeignetste Zwangsmittel gegen ihn anwende.

Die Schwierigkeit für die Regulierung der Förmlichkeiten des Eides liegt nun in der Frage: wie lassen sich diese so bestimmen, daß sie auf das Gemüt des Schwörenden den größten Eindruck machen? Bekanntlich sind die religiösen Anschauungen und Empfindungen der Menschen sehr verschieden, nicht etwa nur nach der Verschiedenheit des religiösen Bekenntnisses, sondern weit mehr noch nach der Verschiedenheit der Individuen. Es ist möglich, daß ein mit vielen und schweren Förmlichkeiten belasteter Eid auf manchen einen tiefern Eindruck macht und deshalb einen stärkern Zwang zur Wahrheit in sich schließt, als ein minder förmlicher, einfacher. Und wenn man dies wüßte, warum sollte man nicht

von diesem stärkern Mittel Gebrauch machen? Es ist aber auch möglich, daß eine solche Überlastung des Eides mit Förmlichkeiten gerade den gegenteiligen Eindruck hervorruft; daß die übertriebnen Förmlichkeiten in dem Schwörenden eine Stimmung erwecken, die für ihn den Ernst der Handlung nicht erhöht, sondern verringert. Alle Förmlichkeiten wirken daher, je nach Umständen, zweischneidig. Auch kann man den Menschen nicht ins Herz sehen und daraus entnehmen, welche Förmlichkeiten für den Schwörenden am besten passen. Endlich kann man auch nicht etwa dem Schwörenden selbst die Wahl der Förmlichkeiten überlassen, da dieser ja, wenn er sich dem durch den Eid zu übenden moralischen Zwang entziehen wollte, nur eine Form zu wählen brauchte, die für ihn den relativ geringsten Zwang enthielte.

Bei dieser Sachlage kann es nur die Aufgabe der Gesetzgebung sein, für den Eid Förmlichkeiten zu schaffen, von denen sich annehmen läßt, daß sie auf die große Mehrzahl der Menschen den relativ größten Eindruck machen und dadurch den größten Zwang zur Wahrheit in sich schließen. Man ist dadurch von den übertriebnen Förmlichkeiten, mit denen frühere Jahrhunderte den Eid ausstatteten, mehr und mehr zurückgekommen und hat die religiösen Bezugnahmen des Eides in den einfachsten Worten und Formen zu konzentrieren gesucht. Diese Tendenz unsrer Gesetze beruht nicht etwa auf Mangel an Religiosität, sondern nur auf der richtigen Würdigung der Menschennatur. Eine an die Religion anknüpfende Institution, die für alle Staatsangehörige gleichmäßig wirken soll, kann nur solche religiöse Begriffe und Anschauungen zur Grundlage nehmen, von denen man annehmen darf, daß sie womöglich allen Staatsangehörigen gemeinsam sind. So ist man also bei Schaffung der Reichsjustizgesetze dahin gelangt, die Eidesformel auf die Eingangsworte: „Ich schwöre bei Gott dem Allmächtigen und Allwissenden“ und die Schlußworte: „So wahr mir Gott helfe,“ die Eidesform auf die Erhebung der rechten Hand zu beschränken.

III

Die eigentümliche Triebkraft, die religiöse Anschauungen in der Brust des Menschen üben, hat nun aber der staatlichen Anforderung des Eides gegenüber nicht selten zu Verirrungen geführt.

Es sind Menschen aufgetreten, die erklärt haben: „Wir können den vorgeschriebnen Eid nicht leisten, weil wir nicht an Gott glauben," oder: „weil wir nicht so an Gott glauben, wie er in der Eidesformel hingestellt ist." Namentlich hat noch in neuester Zeit ein zum englischen Parlament gewähltes Mitglied durch Verweigerung des Parlamentseides auf Gründe dieser Art hin weitverbreitetes Aufsehen erregt. Auch bei deutschen Gerichten haben ähnliche Vorgänge stattgehabt.

Andrerseits ist es vorgekommen, daß Menschen erklärten: Wir können den Eid, so wie er staatlich geordnet ist, nicht leisten, weil derselbe die religiösen Bezugnahmen nicht erschöpft, die nach unserm Glaubensbekenntnis zu einem Eide gehören.

Neuerdings hat auch der Fall sich ereignet, daß ein christlicher Prediger einen von ihm geforderten Eid abgelehnt hat, weil der zur Eidesabnahme berufne Richter nicht dem christlichen Glaubensbekenntnis angehöre.

Um zuvörderst den letztern Fall zu erledigen, so kann es gar keinem Zweifel unterliegen, daß die hier fragliche Weigerung auf einer Verirrung beruht. Die Abnahme eines Eides ist nicht ein Religionsakt, sondern ein Staatsakt. Zu diesem Staatsakt ist der berufen, den der Staat durch das ihm übertragne Amt dazu ermächtigt hatte. Wäre es anders, so würden auch die Juden weigern können, einen Eid vor einem christlichen Richter zu leisten; ja es würde der Katholik den evangelischen, der Protestant den katholischen Richter für die Eidesabnahme ablehnen können. — Die Frage, ob es ratsam oder nicht ratsam, dem deutschen Volke Juden als Richter zu bestellen, liegt auf einem ganz andern Gebiete.

Aber auch die Anſchauungen derer, die einen von ihnen geforderten Eid ablehnen zu dürfen glauben, weil die religiöſen Bezugnahmen der Eidesformel ihrem ſubjektiven religiöſen Gefühl nicht entſprechen, beruhen auf einer irrigen Auffaſſung von der Bedeutung des Eides.

Wir laſſen hier gänzlich die religiöſe Anſchauung beiſeite, die die Zuläſſigkeit eines Eides überhaupt verneint. Für eine ſolche iſt — im Hinblick auf die durchaus ehrenwerte Sekte der Mennoniten — durch § 446 der Z.-P.-O. und § 64 der St.-P.-O. Vorſorge getroffen. Hier haben wir es nur mit den Anſchauungen derer zu thun, die den Eid an ſich nicht ablehnen, aber vermeinen, er müſſe nach ihren perſönlichen religiöſen Anſchauungen hergerichtet werden.

Wer einen Eid leiſten ſoll, ſoll nicht damit ein Glaubensbekenntnis ablegen. Er ſoll nicht erklären: er glaube an Gott und die von ihm zu erwartende Hilfe. Vielmehr iſt der poſitive Inhalt des Eides nur die Verſicherung der Wahrheit deſſen, was materiell beſchworen wird. Allerdings ſoll dieſe Verſicherung abgegeben werden unter Bezugnahme auf Gott u. ſ. w. Inſofern kann man ſagen, daß bei dem Eide das Geſetz den Glauben an Gott u. ſ. w. in dem Schwörenden *vorausſetze*. Trifft dieſe Vorausſetzung nicht zu, ſo entbehrt dadurch allerdings der Eid eines der Mittel, kraft deſſen er in die Seele des Schwörenden eingreifen und dieſen zur Ausſage der Wahrheit beſtimmen ſoll. Dadurch aber wird der Eid weder überflüſſig, noch für den Schwörenden unmöglich. Dieſer kann ſich höchſtens, um den Schein einer Täuſchung zu vermeiden, zu der Erklärung gedrungen fühlen, daß jene Vorausſetzung bei ihm fehle. Thut er das, ſo hat er jedenfalls ſein Gewiſſen gewahrt. Aber es iſt nicht abzuſehen, warum er nicht den Eid leiſten könnte. Für ihn ſubjektiv bliebe dann nur die in dem Eide enthaltene Bezugnahme auf Gott u. ſ. w. bedeutungslos. Die Verſicherung der Wahrheit des von ihm Beſchworenen aber bliebe dieſelbe; und als Nötigung zur Wahrheit kämen noch immer die ſittlichen und

rechtlichen Momente in Betracht, die neben der Bezugnahme auf religiöse Momente der Eid in sich trägt.

Es ist ja so widerwärtig, eine Erklärung der gedachten Art („daß man nicht an Gott glaube") in den Kreis der Betrachtung zu ziehen, daß wir versuchen wollen, noch an einem andern, unser Gefühl vielleicht minder verletzenden Beispiel die Sache klarer zu stellen. Nehmen wir an, in einem katholischen Lande wäre gesetzlich der Eid dahin normiert, daß er geleistet werden müsse mittelst der Formel: „So wahr mir Gott helfe und seine Heiligen," oder unter Berührung von Reliquien. Würde nun ein Protestant, dem ein solcher Eid auferlegt würde, diesen verweigern müssen, weil sein Bekenntnis den Glauben an Heilige und an die Heiligkeit von Reliquien nicht in sich schließt? Es ist kein Grund dafür einzusehen. Er würde wohlthun, bei der Eidesleistung zu erklären: „Ich bin Protestant und glaube deshalb nicht an Heilige und an Reliquien." Damit hätte er aber auch sein Gewissen vollständig gewahrt. Als sittlicher Mensch würde er auch unter diesen, für ihn subjektiv minder bedeutungsvollen Formen gleichwohl sich gedrungen fühlen, auf den Eid hin die Wahrheit zu sagen.

Noch mit weniger Schein einer wirklichen Berechtigung treten aber die auf, die behaupten, in ihrem Gewissen verletzt zu werden, wenn ein von ihnen zu leistender Eid nicht noch ein Mehreres, als das gesetzlich Vorgeschriebne, enthalte. Es zielt dieses Bestreben in der Regel dahin, gewisse konfessionelle Zusätze in die Eidesformel hinein zu tragen. Allerdings erklärte die frühere preußische Gesetzgebung solche konfessionelle Zusätze für zulässig, indem sie den Eid für Evangelische mit den Worten:

so wahr mir Gott helfe durch Jesum Christum zur Seligkeit;

für Katholiken mit den Worten:

so wahr mir Gott helfe und sein heiliges Evangelium

schließen ließ. Auch noch in einer zur Ausführung eines Reichsgesetzes ergangnen kaiserlichen Verordnung ist man von

der Zulässigkeit dieser Zusätze ausgegangen. Es bestimmt nämlich die Verordnung vom 29. Juni 1871 den Diensteid der Reichsbeamten dahin, daß die Schlußklausel lauten solle: „so wahr mir Gott helfe u. s. w.;“ wobei das „u. s. w.“ wohl nur im Sinne jener Zusätze verstanden werden kann. Nun mag ja jeder seine Konfession noch so hoch und teuer halten. Aber ein Recht darauf, daß er bei Gelegenheit eines von ihm geforderten Eides diese Konfession laut bekennen müsse, besteht doch nicht. Und ebensowenig ist ein sittlicher Zwang dazu zu erkennen. Denn es ist in der That schwer einzusehen, wie ein Unbefangner in seinem Gewissen dadurch sich bedrängt fühlen könne, daß ihm zugemutet wird, die Wahrheit zu versichern nur unter Anrufung der Hilfe Gottes, nicht auch unter der Versicherung, daß er diese Hilfe erwarte durch Jesum Christum oder durch das heilige Evangelium. Selbst wenn man der Ansicht sein sollte, das Gesetz hätte besser gethan, die Eidesformel zugleich auf jene konfessionellen Zusätze zu erstrecken, so ist doch niemand berufen, dasselbe nach dieser seiner subjektiven Auffassung zu korrigieren. Oder sollte das Drängen nach jenen Zusätzen wirklich die Bedeutung haben, daß ohne einen solchen der Schwörende sich nicht zur Aussage der Wahrheit verpflichtet fühle? Wir sollten meinen, wirklich fromme Menschen müßten selbst ohne allen Eid da, wo es sich um ernste Dinge handelt, die Wahrheit sagen; geschweige denn, wenn sie dabei Gott und seine Hilfe anrufen; auch wenn es ihnen nicht gestattet sein sollte, die Modalitäten zu bezeichnen, wie sie sich diese Hilfe verwirklicht denken.

Man sollte deshalb bestrebt sein, eine solche irrige Auffassung von der Bedeutung des Eides mit allen Mitteln zu bekämpfen. Statt dessen hat man in neuerer Zeit dieser Auffassung dadurch Vorschub zu leisten gesucht, daß man im Sinne derselben unsre Gesetze zu interpretieren bemüht gewesen ist. Hiervon müssen wir weiter reden.

IV

Als die Justizgesetze dem Reichstage vorgelegt wurden, enthielten diese sowohl in der Zivilprozeßordnung (§§ 425, 426, jetzt 443, 444) wie in der Strafprozeßordnung (§§ 52, 53, jetzt 62, 63) nur Bestimmungen über die Eidesformel, so wie sie oben angegeben ist. Die Motive sagten darüber: „Diese Eidesformel, die mit der für Preußen (Gesetz vom 3. Mai 1852 Art. 73) sowie für Bayern Art. 473 bestimmten Form wörtlich übereinstimmt, war auch in dem preußischen Entwurf und dem norddeutschen Entwurf vorgeschlagen und eignet sich für alle Religionsparteien, denen der Monotheismus als Grundlage ihres Glaubens gilt. Die gleiche Eidesformel schreibt auch das preußische Gesetz vom 15. März 1869 für die Eide der Juden vor. Eine konfessionelle Eidesformel ist kein Bedürfnis; auch macht die allgemeine Bekräftigungsformel des § 425 die auch im norddeutschen Entwurf für unzweckmäßig erachtete Hinzufügung weiterer konfessioneller Bekräftigungsformeln entbehrlich.“ — Über die Formen der Eidesleistung enthielten die Entwürfe nichts.

Zunächst wurde nun bei Beratung der Zivilprozeßordnung der Antrag gestellt, in dem Eingange der Formel die Worte:

„bei Gott dem Allmächtigen und Allwissenden“

wegzulassen. Der Antrag wurde damit zu begründen gesucht, daß diese Worte die beschweren, die nicht solche Prädikate der Gottheit beizulegen geneigt seien. Der Regierungsvertreter (Direktor v. Amsberg) erklärte die Beibehaltung der alten Formel schon deshalb für wünschenswert, weil diese auch in einer Reihe von Reichsgesetzen, z. B. bei dem Eide der Reichsbeamten, sowie bei dem Fahneneide, Aufnahme gefunden habe. Obgleich von mehreren Seiten befürwortet, ward doch jener Antrag abgelehnt und die Regierungsvorlage unverändert angenommen.

Bei Beratung der Strafprozeßordnung wurde abermals ein (demnächst abgelehnter) Antrag gestellt, der bezweckte, die

Formel des Zeugeneides knapper zusammenzufassen. Hierbei wurde von einem Mitgliede der Kommission es als auffällig bezeichnet, daß die Entwürfe gar nichts über die Form des Eides enthielten. Auf wiederholtes Drängen erklärte der Regierungsvertreter: „es sei die Absicht, daß der Eid an keine weitern Voraussetzungen als die Aussprechung der Eidesworte geknüpft sein solle. Dadurch werde aber nicht ausgeschlossen, daß noch symbolische Handlungen hinzutreten können. Man habe eine gemeinsame Vorschrift nicht aufgenommen, schon deshalb, weil die Gebräuche sehr verschieden seien." Auf diese Erklärung wurden sofort von verschiednen Seiten Anträge gestellt, um die hiernach zugestandne Lücke auszufüllen. Die Mehrheit der Kommission erklärte sich auch für diese Ausfüllung, und die von ihr gefaßten Beschlüsse fanden Ausdruck in dem von der Redaktionskommission gebildeten Satze: „Der Schwörende erhebt bei der Eidesleistung die rechte Hand."

Bei der zweiten Lesung der Zivilprozeßordnung wurde von einem Mitgliede der (vom Bundesrat suggerierte) Antrag gestellt, diesen Satz wieder zu streichen. Dieser Antrag wurde von dem Regierungsvertreter damit begründet, daß es „unthunlich sei, ein und dieselbe Formalität für das ganze Reich vorzuschreiben. Die Abschaffung der hergebrachten Formalitäten werde die Bedeutung des Eides erheblich abschwächen. Man wünsche die bisherigen Gewohnheiten im bisherigen Umfange bestehen zu lassen." Hierauf wurden verschiedne Anträge gestellt, darauf gerichtet, für den Fall der Streichung jenes Satzes die bestehenden Formalitäten zu fixieren. Der Abgeordnete Miquel bemerkte hierauf, daß, wenn auch jener Satz beibehalten werde, die übrigen Formen (z. B. Niederknieen) neben Erheben der rechten Hand fakultativ bestehen bleiben würden. Direktor v. Amsberg antwortete: durch Streichung des Satzes würden die Formalitäten den Landesgesetzgebungen freigegeben. „Dem Vorredner erwidert Redner, daß, wenn der fragliche Satz nicht gestrichen würde, damit jede andre Formalität beseitigt sein würde." Nach

längerer Erörterung, wobei von keiner Seite die Ansicht vertreten wurde, daß neben den durch das Reichsgesetz zu bestimmenden Formalitäten auch noch andre bestehen bleiben sollten, entschied sich die Kommission für Beibehaltung des angefochtenen Satzes, jedoch in der abgeschwächten Form: „Der Schwörende soll bei der Eidesleistung die rechte Hand erheben." Ein ausdrücklich auf Beibehaltung der hergebrachten Formen gerichteter Antrag wurde damit für erledigt erklärt. In jener Form wurde der Satz beiden Entwürfen eingereiht. — Bei dieser ganzen Verhandlung über die Eidesform war von der Eidesformel nicht im mindesten die Rede.

Dagegen war schon einmal früher bei der zweiten Lesung die Frage der Eidesformel wieder aufgetaucht. Zu § 344a (jetzt 357) der Z.-P.-O. war der Antrag gestellt, den Zeugeneid mittelst einfacherer Formel leisten zu lassen. Auch dieser Antrag wurde abgelehnt, nachdem unter anderm Direktor v. Amsberg bemerkt hatte: „das in dem größten Teile von Deutschland bestehende Recht werde durch den Entwurf abgeändert, indem dieser die Eidesformel verkürze und ferner die konfessionellen Unterschiede bei der Vereidigung beseitige."

V

In der Reichstagsverhandlung wurde am 20. November 1876 bei Beratung des § 39 (jetzt 51) des Gerichtsverfassungsgesetzes von dem Abgeordneten Herz abermals der Antrag gestellt, in dem Schöffeneide die Worte „bei Gott dem Allmächtigen und Allwissenden" und „so wahr mir Gott helfe" wegzulassen. Der Abgeordnete von Puttkamer (Sensburg) bekämpfte diesen Antrag; die Beseitigung des religiösen Eides sei eine „Beschränkung der Gewissensfreiheit." (Bravo.) Dann aber fuhr er fort: er verlange mehr, als die Vorlage ihrem Wortlaute nach biete. Man lege in weiten Kreisen den höchsten Wert darauf, daß die jetzt üblichen konfessionellen Beteuerungsformeln wenigstens fakultativ beibehalten werden. Es sei ihm nicht klar, ob das durch den Kommissionsbeschluß

geschehen sei; er bitte daher um Auskunft von dem Referenten und den Vertretern der Regierungen; sollten diese es verneinen, so behalte seine Partei sich Anträge für die dritte Lesung vor.

Direktor v. Amsberg, nachdem er den Antrag Herz bekämpft, sagte dann auf die vorerwähnte Anfrage: „Die Absicht der Regierungen ging dahin, daß die besondern Formen, Gebräuche in den verschiednen Territorien Deutschlands aufrecht erhalten werden sollen. Es ist die Frage auch in Ihrer Kommission diskutiert worden. In Ihrer Kommission herrschten darüber verschiedne Ansichten; wenn ich aber nicht irre, ist Ihre Kommission der Ansicht gewesen, daß es dem Einzelnen überlassen bleiben soll, die üblichen Formen und Gebräuche anzuwenden. Ihre Kommission war aber, soweit ich mich erinnere, der Ansicht, daß niemand gezwungen werden darf, neben der Form, die der Entwurf vorschreibt, sich weitern Formen oder Gebräuchen zu unterwerfen."

Hiernächst kam der Abgeordnete Windthorst zum Wort. Er bekämpfte heftig den Antrag Herz. Derselbe sei die naturgemäße Entwicklung des modernen Staatsbegriffs. Die Eidesformel des modernen Staates könne nur lauten: „Ich versichere, bei Strafe des Zuchthauses." Er selbst stehe auf dem Boden des christlichen Staates, und deshalb wolle er bei dem Regierungsentwurf stehen bleiben. Noch weiter zu gehen, wie Abgeordneter v. Puttkamer wolle, halte er jedoch nicht für absolut geboten. „Die Ansicht des Regierungsvertreters, daß das Hinzufügen konfessioneller Zusätze nach den Vorschlägen der Regierungen und den Beschlüssen der Kommission als zulässig bereits anzusehen sei, kann ich meinesteils nicht gut teilen. In den Gerichten muß man genau wissen, was Rechtens ist, und darf derartige Schwankungen nicht zulassen. Will man gewähren, was Herr v. Puttkamer wünscht, so muß es im Gesetz klar und bestimmt ausgedrückt werden."

Das letzte Wort in der Beratung hatte der Abgeordnete Miquel als Referent. Er sagte: „Bei der Kommission sei

die Frage zur Sprache gekommen, ob die Beobachtung andrer symbolischer Handlungen beim Eide mit dem Gesetz im Widerspruch stehen würde, und da sei von verschiednen Kommissionsmitgliedern ausgesprochen, daß das nicht der Fall sei, daß aber solche symbolische Handlungen besser auf der Sitte als auf Gesetz beruhten. Die Frage aber, ob konfessionelle Zusätze neben der gesetzlichen Eidesformel zulässig seien, sei in der Kommission nicht ausdrücklich entschieden. Der Herr Regierungsvertreter sage ja, daß sie nach der Vorlage nicht ausgeschlossen sein sollen. Änderungen in dieser Beziehung seien in der Kommission nicht beschlossen. Er wisse aber nicht, wie die Mehrheit der Kommission darüber denke."

Nach dem Referenten konnte niemand mehr das Wort nehmen. Es schloß also damit die Verhandlung.

In der dritten Lesung wurde ein abermaliger Antrag auf Zulassung einer abgeschwächten Eidesformel abgelehnt. Außerdem ergab sich aus einer persönlichen Bemerkung des Abgeordneten Schulte, daß in einer inzwischen gebildeten sogenannten freien Kommission ein Antrag auf Zulässigerklärung konfessioneller Zusätze zu der Eidesformel gestellt, aber gleichfalls abgelehnt war. Im Plenum wurde der Antrag nicht einmal versucht.

Das sind die Verhandlungen, die den einschlagenden Paragraphen der Justizgesetze zu Grunde liegen.

VI

Nachdem die fraglichen Gesetze in Kraft getreten, hat man nun in der That zu deduzieren gesucht, daß es nach deren Inhalt gestattet sei, der durch das Gesetz bestimmten Formel nach Belieben konfessionelle Zusätze hinzuzufügen. Diese Ansicht findet in dem Gesetz keine Grundlage.

Vor allem muß hier betont werden, daß die Formalitäten des Eides in seiner Bedeutung als geistiges Zwangsmittel fest durch Gesetz bestimmt sein müssen, gerade um alle Willkür auf diesem schwierigen Gebiete auszuschließen. Es ist

das ein so dringendes legislatorisches Bedürfnis, daß, als man in der Reichsjustizkommission gewahrte, es solle nach Absicht der Regierungen die Frage der Eidesform offen gelassen werden, man sofort fast allseitig bestrebt war, dem entgegenzutreten und die Lücke auszufüllen; eine Tendenz, die auch bei der zweiten Lesung, trotz des wiederholten Ankämpfens der Regierungen, aufrecht erhalten blieb.

Es muß aber auch entschieden verneint werden, daß auf dem Gebiet der Eidesformel die Entwürfe ein offnes Feld gelassen hätten. Dem widerspricht zunächst die Fassung der einschlagenden Bestimmungen. Nirgends ist neben Aufstellung der Schlußworte: „so wahr mir Gott helfe“ noch die Zulässigkeit irgend eines Zusatzes angedeutet. In den Motiven wird zunächst auf den Gleichlaut der Formel in andern Gesetzen Bezug genommen. Auch diese Gesetze enthalten keine Andeutung jener Art; wie sich dies bei dem in Bezug genommnen Judeneide ohnehin von selbst versteht. Dann wird in den Motiven gesagt, daß die auch anderwärts „für unzweckmäßig erachtete“ Zufügung konfessioneller Bekräftigungsformeln entbehrlich sei. Wenn man etwas für „unzweckmäßig“ und deshalb „entbehrlich“ erklärt, so will man es offenbar nicht aufrecht halten, sondern beseitigen.

Dem Umstande, daß der Regierungsvertreter zur Bekämpfung des Antrags, in der Eingangsformel des Eides die Worte „bei Gott u. s. w.“ zu streichen, sich darauf bezog, daß diese Worte auch in dem durch kaiserliche Verordnung vorgeschriebnen Beamteneide beibehalten seien, kann unmöglich die Bedeutung beigelegt werden, daß dieser damit habe sagen wollen, es müsse aus jenem Beamteneide auch die dort der Schlußformel beigefügten Buchstaben „u. s. w.“ in der Formel der Entwürfe hinzugedacht werden. Vollends würde diese Annahme, wenn sie überhaupt möglich wäre, dadurch ausgeschlossen, daß später der nämliche Kommissar erklärte, daß der Entwurf die konfessionellen Unterschiede bei der Vereidigung beseitige.

Diesem ganzen aus dem Wortlaut und aus den in der Reichsjustizkommission gepflognen Verhandlungen sich ergebenden klaren Sinn des Gesetzes können auch die in der Plenarverhandlung vom 20. November 1876 gewechselten Reden keinen Abbruch thun. Bezüglich dieser ist es nützlich, wenn man folgendes weiß. Nicht selten kommt es vor, daß ein Parlamentsmitglied bezüglich eines in der Beratung begriffnen Gesetzes ein Zwiegespräch verabredet mit dem Regierungsvertreter oder auch mit dem Referenten, dergestalt, daß das Parlamentsmitglied eine Rede hält, worin es dem Gesetze einen gewissen Sinn beilegt, jener aber dann dieser Darlegung zustimmt. Es kann das dazu dienen, einen wirklich im Gesetz enthaltenen, wenn auch nicht ganz deutlich ausgedrückten Sinn klarzustellen, und dadurch die künftige Auslegung in diesem Sinne zu sichern. Es kann aber auch auf diese Weise ein nicht im Gesetz enthaltener Sinn irrtümlich in dasselbe hineingetragen werden. Vorliegend ist der Gedanke nahe gelegt, daß auch das vom Abgeordneten v. Puttkamer an jenem Tage gepflogne Zwiegespräch auf einer solchen Verabredung beruhte. Derselbe stellte also die Frage, ob nicht die Eidesformel der Entwürfe, allerdings ihrem Wortlaute zuwider, die Beibehaltung der konfessionellen Beteuerungsformeln gestatte. Die Antwort, die der Regierungsvertreter erteilte, war — wir können es wohl, ohne demselben zu nahe zu treten, sagen — sehr unbestimmt. Es erklärt sich dies wohl daraus, daß derselbe Herrn v. Puttkamer möglichst entgegenzukommen und doch die Wahrheit nicht zu verletzen wünschte. Er sagte, daß die Absicht der Regierungen dahin gegangen, die besondern Formen und Gebräuche in den einzelnen Territorien aufrecht zu erhalten; daß hierüber auch diskutiert worden, und daß, „wenn er nicht irre," die Kommission der Ansicht gewesen, daß den einzelnen — es ist nicht erkennbar, ob das heißen soll, den „einzelnen Regierungen" oder „einzelnen Individuen" — überlassen bleiben solle, die üblichen Formen und Gebräuche anzuwenden. Diese Antwort

trifft vor allem der Vorwurf, daß sie die Fragen der Eidesformel und der Eidesform unter einander mengt. Wie die Eidesformel lauten sollte, darüber ließen die Entwürfe nicht den geringsten Zweifel. Eine Diskussion über diese Formel hatte nur in der Richtung stattgefunden, ob nicht Worte aus derselben wegzulassen seien. Von einer Zufügung von Worten, auch nur von der Zulässigkeit einer solchen, war nicht im mindesten die Rede. Über die Eidesform wurde allerdings diskutiert, als sich die Absicht der Entwürfe kundgab, die Bestimmung dieser den einzelnen Regierungen zu überlassen. Auf die Eidesformel, die in den Entwürfen genau bestimmt war, bezog sich diese Diskussion ganz und gar nicht. Aber auch in Betreff der Eidesform wurde es nicht bei dem Unbestimmten belassen, sondern es wurde diese durch den Zusatz „Der Schwörende soll u. s. w." festgesetzt. Daß diese Festsetzung weitere Formen ausschließe, diese Konsequenz hat der Regierungsvertreter selbst bei der Diskussion gezogen. Worauf hiernach die, allerdings mit den vorsichtigen Worten: „wenn ich nicht irre," eingeleitete Erklärung des Regierungsvertreters im Reichstag sich gründe, dafür fehlt es an jedem Anhalt. Dieser hat sich wirklich geirrt. Noch unbestimmter war die Äußerung des Referenten. Für die Zulässigkeit konfessioneller Zusätze vermochte er keinen andern Grund anzuführen, als daß ja der Herr Regierungsvertreter sage, daß sie nach der Vorlage nicht ausgeschlossen sein sollen; und daß auch die Kommission keinen gegenteiligen Beschluß gefaßt habe. Gewiß hatte diese keinen solchen Beschluß gefaßt; aber nur deshalb, weil für sie gar kein Zweifel sein konnte, daß es, um solche Zusätze auszuschließen, eines besondern Beschlusses nicht bedürfe.

Mit solchen Reden und problematischen Antworten darauf läßt sich der Inhalt eines Gesetzes nicht umkehren. Überdies wurde die ganze Erörterung durchkreuzt durch die Rede des Abgeordneten Windthorst. Als guter Jurist sprach er mit dürren Worten aus, daß die Entwürfe die Beifügung kon-

fessioneller Formeln ausschließen; daß er solche aber auch — trotz seines entschieden konfessionellen Standpunktes — nicht für absolut geboten halte. Er konstatierte dabei die Notwendigkeit der Beseitigung aller Willkür bei der Eidesleistung. Seine Worte trafen hier völlig das Richtige.

VII

Man hat die Zulässigkeit konfessioneller Zusätze bei der Eidesleistung auch wohl mit der Behauptung vertreten, daß solche Zusätze gar keine Veränderung der Eidesformel seien, da ja diese daneben intakt bleibe. Es dürfte das schwerlich richtig sein. Jede Formel ist ihrer innern Natur nach exklusiv, und zwar sowohl in ihrem positiven als in ihrem negativen Bestande. Es ist eine Änderung, wenn man etwas daraus hinwegnimmt. Es ist eine Änderung, wenn man etwas zusetzt. Darüber kann juristisch kein Zweifel sein.

Ebensowenig wird man der Ansicht beitreten können, der Richter müsse mindestens es stillschweigend geschehen lassen, daß jeder Schwörende seinem Eide eine seinem Bekenntnis entsprechende Schlußklausel anhänge, und müsse den auch so veränderten Eid als geleistet annehmen. Es kann zu den widerwärtigsten Scenen führen, wenn der Schwörende sich herausnimmt, den Richter, der ihm die Eidesformel dem Gesetz entsprechend vorsagt, gleichsam zu korrigieren und seine subjektive Eidesformel an die Stelle zu setzen. Nach einem Erlebnisse dieser Art könnte der Verfasser dieses Aufsatzes bezeugen, daß durch solche Scenen der Sinn für Religiosität wahrlich nicht gefördert wird.

Selbstverständlich handelt es sich hier ganz und gar nicht um die Frage des innern Wertes der vorzugsweise hier in Betracht kommenden konfessionellen Zusätze „durch Jesum Christum zur Seligkeit“ oder „und sein heiliges Evangelium.“ Es handelt sich vielmehr um ein Prinzip. Es ist die prinzipielle Frage: soll der vom Gesetz vorgeschriebne Eid umgestaltet werden dürfen je nach dem, was der Schwörende

seinen subjektiven religiösen Anschauungen für entsprechend erklärt? Daß damit der Willkür bei der Eidesleistung Thor und Thür geöffnet würde, liegt auf der Hand. Der Richter, der einen Eid abnehmen soll, kennt ja die wirklichen religiösen Anschauungen des Schwörenden ganz und gar nicht; und er kann daher auch niemals wissen, ob ein beanspruchter Zusatz den Eid für diesen verstärkt oder abschwächt. Der Richter wird oftmals nicht einmal die Konfession des Schwörenden kennen. Und wenn nun z. B. ein Evangelischer sich den Zusatz „und sein heiliges Evangelium" erbäte, mit dem heimlichen Gedanken, daß er damit einen nur für Katholiken bestimmten, für ihn selbst deshalb unverbindlichen Eid leiste: wie könnte der Richter verantworten, diesen zu einem solchen Eide zugelassen zu haben? Überdies würden, wenn man die obgedachten Zusätze zuließe, mit gleichem Rechte auch andre Zusätze beansprucht werden können. Eben so gut wie Protestanten und Katholiken würden auch die Angehörigen jeder andern Religionsgemeinschaft eine ihrem Bekenntnisse entsprechende besondre Schlußklausel fordern dürfen. Ja es müßte sogar jedem Individuum gestattet sein, einen besondern Zusatz für sich zu beanspruchen. Es würde z. B. ein Katholik erklären können, er wolle den Eid nur leisten mit der Formel: „So wahr mir Gott helfe und die heilige Jungfrau zu Marpingen." Wohin sollte das führen?

Mit noch weit größerm Rechte aber würden auch die gegen den vom Gesetz normierten Eid ankämpfen dürfen, die erklärten, daß der positive Inhalt der Eidesformel ihren religiösen Anschauungen nicht entspreche; die also begehrten, daß die religiösen Bezugnahmen gemindert oder ganz weggelassen würden. Denn wenn man einmal davon ausgeht, der Eid müsse dem subjektiven Standpunkte des Schwörenden entsprechen, so kann der, der erklärt, nicht an einen allmächtigen und allwissenden Gott zu glauben, an den bezüglichen Worten der Eidesformel noch weit größern Anstoß nehmen, als der, der sich die Hilfe Gottes durch Jesus Christus vermittelt denkt,

an dem bloßen Mangel dieser Worte. Wenn man also nicht will, daß vom Standpunkt der mindern Religiosität der gesetzlich normierte Eid angefochten werde, dann muß man auch nicht versuchen, ihn vom entgegengesetzten Standpunkte anzufechten.

Aber jenes ganze Streben trägt noch eine weit größere Gefahr in sich. Ist man erst dahin gelangt, es als ein **Recht** des Schwörenden anzusehen, daß er den Eid mit seinem subjektiven Glaubensbekenntnis ausfülle, dann ist man gar nicht weit davon entfernt, auch eine entsprechende **Pflicht** des Schwörenden zu behaupten. Wer es, wie der Verfasser dieses Aufsatzes, in nächster Nähe erlebt hat,[a] daß inmitten dieses Jahrhunderts von dem Justizminister eines deutschen Landes die Gerichte dahin belehrt wurden, daß nur die Mitglieder einer anerkannten christlichen Kirche einen christlichen Eid leisten können, und daher kirchliche Dissidenten von der Eidesleistung auszuschließen seien; wer es erlebt hat, daß namhafte Juristen die Ansicht vertraten, es könne nur der zu einem Eid zugelassen werden, der von seinem Seelsorger bei der Eidesbelehrung dazu befähigt gefunden worden sei; und daß folgeweise alle solche Nichtbefähigte ihre Prozesse, wenn darin auf ihren Eid erkannt würde, gleichsam durch einen leidigen Zufall verlieren sollten: der trägt einige Scheu, einer Richtung Folge zu geben, die den Eid nach der vermeintlichen Subjektivität des Schwörenden bemessen will. Recht und Gerechtigkeit könnten dadurch zum Spielball der bedenklichsten, unter dem Namen der Religion geübten Bestrebungen werden. — Nicht minder aber müssen wir wünschen, daß unserm deutschen Vaterlande auch ein „Bradlaugh-Skandal" erspart bleibe.

Der Eid ist das Mittel, dessen sich der Staat bedient, um sich der Wahrheit zu versichern. Der Staat regelt den Eid gesetzlich so, wie er glaubt, daß er jenem Zwecke am

---

[a] Es geschah dies zu der Zeit, als Hassenpflug während der Jahre 1852—55 die Herrschaft in Kurhessen erlangt hatte.

meisten entspreche. Der, der einen Eid leisten soll, hat aber kein Recht darauf, daß dieser seinem persönlichen Glaubensbekenntnisse entsprechend gemodelt werde; gerade so wenig, wie der Staat ein Recht darauf hat, daß der Schwörende zu den bei dem Eide unterstellten religiösen Anschauungen sich wirklich bekenne. Auch der, dessen Anschauungen ein von ihm zu leistender Eid in seinen religiösen Bezugnahmen nicht entspricht, wird durch die Eidesauflage in seinem religiösen Gewissen nicht verletzt. Denn er beschwört nicht diese Bezugnahmen, sondern den materiellen Inhalt des Eides.

Daß diese Auffassung von der Bedeutung des Eides die andre Frage, in welchem Maße der Eid — de lege ferenda — religiöse Bezugnahmen aufnehmen solle, gar nicht berührt, wird jedem Unbefangnen von selbst einleuchten. Nur zur Vermeidung von Mißverständnissen erlaubt sich der Verfasser noch die persönliche Bemerkung, daß er in der Reichsjustizkommission und im Reichstag gegen alle Anträge gestimmt hat, die die religiösen Bezugnahmen des Eides, so wie sie in den Entwürfen bestimmt waren, noch weiter abzuschwächen bezweckten.

Der Eid vor Gericht und die Vernehmung der Parteien als Zeugen

[Grenzboten 1886, IV]

In einem „Die Meineidpest“ überschriebnen Aufsatze, den Nr. 34 und 35 dieser Zeitschrift gebracht haben, ist die Frage erörtert worden, ob nicht durch die Art und Weise, wie man zur Zeit von dem Eide bei Gericht Gebrauch macht, der Meineid wesentlich gefördert werde. Der Verfasser jenes Aufsatzes glaubt diese Frage bejahen zu müssen und gelangt dahin, daß den bestehenden gesetzlichen Vorschriften gegenüber mehrfache Abänderungen sich empfehlen.

Zur Grundlage seiner Ausführung nimmt der Verfasser die von ihm als feststehend angesehene Thatsache, daß das Verbrechen des Meineids erheblich zugenommen habe. Es ist das eine Frage, die schon längere Zeit die öffentliche Meinung beschäftigt hat. Unzweifelhaft ist, daß im Laufe der letzten Jahrzehnte die Verurteilungen wegen Meineids häufiger geworden sind. Und diese häufigen Verurteilungen haben auch die natürliche Folge gehabt, daß weit öfter Anzeigen wegen Meineids an die Strafbehörden gelangen. Hat eine Partei ihren Prozeß in allen Instanzen verloren, so betrachtet sie es gewissermaßen als ihr letztes Rechtsmittel, daß sie den Gegner wegen „Meineids“ zur Anzeige bringt und dadurch ihren Prozeß noch zu gewinnen hofft. Natürlich fährt sie in unzähligen Fällen ab. Aber jede dieser Anzeigen vermehrt doch wieder die Zahl der wegen Meineids eingeleiteten Untersuchungen. Die Frage nun, ob die heute vorkommenden

häufigen Verurteilungen wegen Meineids und die sich daran anknüpfenden noch häufigern Anzeigen eine Folge davon seien, daß wirklich heute mehr Meineide geschworen werden, oder nur davon, daß heute der Beweis des Meineids viel leichter angenommen wird als früher, das ist eine Frage, die schwer zu beantworten ist. Der Verfasser dieses Aufsatzes, der mit seinen persönlichen Erinnerungen auf eine lange Reihe von Jahren zurückblickt, in denen noch ein Strafprozeß in Übung war, der es mit dem Beweis des Meineids weit schwerer nahm, kann seine persönliche Überzeugung nur dahin aussprechen, daß früher Meineide nicht weniger geschworen wurden als jetzt, wenn auch eine Verurteilung wegen dieses Vergehens weit schwieriger zu erlangen und deshalb weit seltener war.

Gleichwohl kann man es der nun einmal vorliegenden Thatsache gegenüber, daß viele Meineide geschworen werden, für gerechtfertigt halten, die Frage zu stellen: Ließen sich nicht Mittel finden, um diesem Übel zu steuern und auf eine größere Heilighaltung des Eides hinzuwirken? Insofern kann man sich mit der Tendenz des gedachten Aufsatzes wohl einverstanden erklären.

Auch dem, was der Verfasser in dieser Richtung vorschlägt, können wir in manchen Beziehungen bereitwillig zustimmen. Gleich ihm würden wir es vorziehen, wenn die Zeugen erst nach Abgabe ihrer Aussage vereidigt würden, weil dann bedenkliche Punkte leichter vor der Vereidigung berichtigt, auch manche Eide wohl ganz erspart werden könnten. Ebenso sind wir darin einverstanden, daß auch das unbeschworne unwahre Zeugnis mit einer, wenn auch geringern, Strafe bedroht sein sollte.

Für einen Irrtum aber halten wir es, wenn der Verfasser meint, dem Verbrechen des Meineids könne auch dadurch begegnet werden, daß man im Zivilprozeß an die Stelle des Parteieneides „die Vernehmung der Parteien als Zeugen“ setzte. Der Gedanke ist ja an sich nicht neu, hat vielmehr eine gewisse Geschichte. Der englische Prozeß — beiläufig

bemerkt, eines der kläglichsten Rechtsverfahren, die die Welt aufzuweisen hat — kannte ursprünglich den Parteieneid gar nicht. Da ist man denn aus Not darauf gekommen, denselben in der Form einzuführen, daß man „die Partei als Zeuge vernimmt." Natürlich hat es nun auch sofort deutsche Juristen gegeben, die sich für diesen Gedanken begeisterten. In der Reichsjustizkommission wurde ein hierauf bezüglicher Antrag gestellt. Obgleich die Verteidigung dieser Neuerung diese als die „letzte Konsequenz des Prinzips der freien Beweiswürdigung" und als die eigentliche „Krönung des Neubaues" anprieſen, vermochten sie doch nur sieben Stimmen für sich zu gewinnen. Seitdem nun auch die neue Prozeßordnung in ihrer praktischen Bethätigung so manche zur Zeit des Erlasses bestehende Illusionen beseitigt hat, durfte man glauben, daß auch dieser Gedanke wohl der Vergessenheit anheimgefallen sei. Wenn dieser jetzt in der verführerischen Form eines sich empfehlenden Mittels wider die „Meineidpest" wieder auftaucht, so fühlen wir uns berufen, diesem um so mehr entgegen zu treten, als wir überzeugt sind, daß gerade aus dieser Neuerung die Meineide erst recht emporwuchern würden.

Da diese Zeitschrift nicht ausschließlich für Juristen bestimmt ist, so wollen wir versuchen, die Sache, die ja in ihrer ethischen Bedeutung auch für den Laien großes Interesse hat, in einer möglichst allgemein verständlichen Weise darzustellen.

Parteien und Zeugen unterscheiden sich in ihrer Stellung zum Prozeß dadurch, daß jene bei den Thatsachen, auf die es ankommt, beteiligt, diese in der Regel unbeteiligt sind. Daran knüpft sich für den Eid beider die natürliche Folge, daß der Zeugeneid in der Regel unbedenklich ist, der Parteieneid dagegen nur allzu oft die Versuchung in sich trägt, Unwahres eidlich zu erhärten und so zum Meineid zu werden.

Diese Natur des Parteieneides hat in allen verständigen Prozeßgesetzgebungen dahin geführt, möglichst sparsam damit umzugehen und ihn nur da zu verwenden, wo alle übrigen

Beweismittel nicht ausreichen. Eben deshalb wird sich dann aber auch an diesen Eid, als das letzte Mittel der Wahrheitserforschung, in der Regel der Ausgang des Prozesses knüpfen. Und diese schwerwiegende Bedeutung des Parteieneides hat dann auch dahin geführt, daß in dem wichtigsten Falle, nämlich in dem Falle des zugeschobnen Schiedseides, die Frage, welche Partei den Eid zu leisten habe, nicht von richterlicher Willkür abhängt, sondern von bestimmten Regeln.

Diese Regeln stehen in genauer Verbindung mit der Frage der Beweislast. Die Partei, der die Beweislast obliegt, kann nicht verlangen, daß, bei dem Mangel aller übrigen Beweismittel, durch ihren eignen Eid über ihr Recht entschieden werde, sondern sie muß in erster Linie es geschehen lassen, daß der Gegner ihre Behauptung abschwöre. Nur wenn dieser nicht schwören will, muß auf dessen Verlangen die beweispflichtige Partei selbst die Wahrheit ihrer Behauptung beschwören, wodurch dann sich die Beweisfrage zu ihren Gunsten entscheidet. Wenn also z. B. A wider B ein diesem angeblich gegebnes Darlehen einklagt, B aber ein solches empfangen zu haben leugnet, so liegt es in der Natur der Sache, daß A beweisen muß, das Darlehen an B gegeben zu haben. Zu diesem Zwecke darf er aber nicht sagen: „Ich will beschwören, daß ich das Darlehen an B gegeben habe.“ Sonst wäre ja jeder dem Eide jedes gewissenlosen Menschen, der gegen ihn einen Prozeß erhöbe und bereit wäre, die Wahrheit seiner Behauptungen eidlich zu erhärten, preisgegeben. Vielmehr muß A zunächst dem B „den Eid zuschieben,“ d. h. geschehen lassen, daß B schwört, das Darlehen nicht empfangen zu haben. Schwört er dies, dann wird A abgewiesen. Will aber B den Eid nicht schwören, dann kann er ihn dem A „zurückschieben,“ und dann muß A schwören, daß er das Darlehen gegeben habe. Schwört er dies, so wird B verurteilt. Diese gesetzliche Regelung hat dann auch die weitere Folge, daß immer nur *eine* Partei zum Eid über eine Thatsache zugelassen wird, und daß es nicht zu dem

widerlichen Schauspiel kommen kann, daß beide Parteien sich mit ihren Eiden einander gegenüberstehen.

Neben diesen festen Regeln, die über die schwurberechtigte Partei Bestimmung treffen, bestehen in unsern Prozeßgesetzen noch weitere Vorschriften in der Richtung, daß auf den Eid der Parteien immer erst im äußersten Notfalle, d. h. wenn alle übrigen Beweismittel versagt haben, dann aber unter genauer Erwägung, was und wieviel zu beschwören sei, und unter einer dem entsprechend genauen Formulierung des zu leistenden Eides erkannt wird. Den Parteien wird dieses Erkenntnis zeitig mitgeteilt, sodaß die schwurpflichtige Partei sich genugsam überlegen kann, ob sie den Eid schwören könne und wolle. Gegen das auf Eid lautende Erkenntnis dürfen die Parteien Rechtsmittel erheben und so die Frage, ob der Eid richtig reguliert sei, zur Entscheidung der höhern Instanz bringen. So ist in allen Richtungen dafür gesorgt, daß nicht unnötigerweise Parteieneide gefordert werden, und daß die Partei nur das zu beschwören braucht, worauf es wirklich im Prozeß ankommt.

Wenn man nun vorschlägt, statt des solchergestalt in genaue Regeln gebannten Parteieneides „die Vernehmung der Parteien als Zeugen" zu setzen, was will man damit eigentlich? Zunächst ist doch wohl so viel unzweifelhaft, daß dadurch, daß man den Parteien sagt: „Ihr werdet hier nicht als Parteien, sondern als Zeugen vernommen," die Parteien nicht wirklich „Zeugen," d. h. unbeteiligte Dritte werden, sondern immer „Parteien," d. h. unmittelbar Beteiligte bleiben. Auch daran, daß etwa die als „Zeuge" vernommne Partei gar nicht wisse, worauf es ankomme, und deshalb in aller Unschuld stets die Wahrheit sagen werde, ist doch wohl nicht zu denken. Mit einem solchen Hokuspokus läßt sich also die Gefahr, die naturgemäß in dem Parteieneide liegt, nicht beseitigen.

Die Bedeutung jener Änderung könnte also nur die sein, daß man die gesetzliche Regelung, der zur Zeit der Parteieneid

unterliegt, abwerfen und ſtatt deſſen dieſen in die loſen und willkürlichen Formen der Zeugenvernehmung einkleiden will.

Da fragt es ſich denn zunächſt, wie weit man in dieſer Richtung gehen will? Sollen auch die Regeln, nach denen ſich jetzt die ſchwurberechtigte Partei beſtimmt, zerſtört werden? Soll alſo der Richter das Recht haben, etwa beide Parteien als „Zeugen“ über die nämliche Thatſache zu vernehmen? Das wäre in der That die natürlichſte Folge der Lehre. Denn wenn die eine Partei die Befugnis hat, ſich ihr Recht ſelbſt zu bezeugen, warum ſollte die andre Partei nicht auch die Befugnis haben? Würden doch ſicherlich beide Teile ſich begierig darnach drängen, als „Zeugen“ vom Richter vernommen zu werden. Dann aber würde es ſehr häufig dahin kommen, daß Eid und Eid einander gegenüberſtünden, und der Richter würde nach der Vernehmung beider Teile ſo klug ſein wie vorher, wenn er nicht etwa ſagen wollte: „Ich glaube dem Eide der einen Partei, dem der andern aber nicht.“ Natürlich die reine Willkür! Oder ſoll der Richter beliebig eine Partei auswählen, die er als „Zeugen“ vernehmen will, die andre aber ungehört laſſen? Dann würde er alſo auch die beweispflichtige Partei in erſter Linie über die ihr Recht bedingenden Thatſachen eidlich vernehmen und ihr auf Grund ihres eignen „Zeugniſſes“ das beanſpruchte Recht zuerkennen können. Das hieße nichts Geringeres, als die ganze Lehre von der Beweislaſt über den Haufen werfen, was eine Revolution von ganz unabſehbaren Folgen in unſerm Rechtsleben herbeiführen würde. Schwerlich aber würde daraus das Gefühl einer höher waltenden Gerechtigkeit erwachſen, wohl aber ſehr häufig das Gefühl größter, vom Richter geübter Willkür.

Geſetzt aber auch, man wollte nicht ſo weit gehen, man wollte weder beide Parteien als „Zeugen“ vernehmen, noch die zu vernehmende Partei willkürlich auswählen, ſondern in der That nur die Partei als Zeuge vernehmen, der auch nach dem beſtehenden Rechte der Eid zufiele; dann würde

der Gegensatz noch immer darin liegen, daß der Richter von allen oben angeführten, die vorsichtige Behandlung des Parteieneides bezweckenden Vorschriften entbunden wäre. Das Gericht würde also frischweg die Vernehmung anordnen können, ohne Rücksicht darauf, ob noch andre Beweismittel vorhanden seien. Es würde auch den Gegenstand dieser Vernehmung nur im allgemeinen beschließen, während die Ausführung derselben in die Hand des die Vernehmung leitenden Richters gelegt wäre. Dieser könnte innerhalb des allgemein bezeichneten Gegenstandes beliebig hin und her fragen. Er könnte die Partei mit dieser und jener Frage überraschen. Und bei diesem Inquisitorium stünde die völlig unvorbereitete Partei stets zwischen der Alternative, durch eine ungeschickte Antwort einen Meineid zu begehen oder ihren Prozeß zu verlieren. Träte der vernehmende Richter — wie dies doch auch zu Zeiten vorkommen kann — mit einer gewissen Voreingenommenheit an die Sache, so könnte er in dem Gewissen der Partei förmlich herumwühlen. Schlimm genug, daß schon jetzt mitunter Personen, die in Wahrheit als Zeugen vernommen werden, aber durchaus nicht unbeteiligt bei der Sache sind, sich ein solches, sie verletzendes Inquisitorium gefallen lassen müssen. Die Parteien aber einem solchen unterwerfen, würde der Willkür vollends die Krone aufsetzen und unter Umständen auf eine Grausamkeit hinauslaufen, die sich nur mit der frühern Folter vergleichen ließe.

Als durchaus irrig müssen wir dann auch bezeichnen, wenn man glaubt, durch diese Einrichtung dem Meineid entgegenzuwirken. Muß es denn nicht einleuchten, daß bei einer solchen ungeordneten, lediglich durch die Individualität des Vernehmenden bestimmten eidlichen Vernehmung der Partei die Gefahr, daß diese sich zu wahrheitswidrigen oder ungenauen Angaben verleiten lasse, weit näher liegt, als wenn ihr nach sorgfältiger Erwägung das, was sie beschwören soll, in knappster Form vor Augen geführt wird? Es ist unzweifelhaft, daß alle gedachten Vorschriften unsrer Gesetze, die die Auflage des

Parteieneides regeln, keinen andern Zweck haben als den, die Parteien möglichst wenig in die Versuchung des Meineids zu führen. Und nun sagt man uns, es würde besser um die Wahrheit der Eide stehen, wenn man alle jene Regeln beiseite würfe. So schwer hat man doch nicht bei Aufstellung jener Regeln geirrt.

Wir halten hiernach das vorgeschlagne Mittel, um den Meineiden entgegenzuwirken, für verfehlt. Das richtige Mittel bestünde darin, daß die Richter mit größerer Umsicht und Vorsicht bei der Eidesregulierung zu Werke gingen, auch sich die Mühe nicht verdrießen ließen, bei der Eidesabnahme in genügender Weise die Parteien über Sinn und Bedeutung des Eides aufzuklären. Daß dadurch eine Menge falscher Eide vermieden werden könnten, ist uns nach vielen gemachten Erfahrungen nicht zweifelhaft. [Trotz der Niederlage, die der Versuch, die Vernehmung der Parteien als Zeugen einzuführen, in der Reichsjustizkommission erlitten hat, spukt dieser unglückliche Gedanke doch noch immer in den Köpfen. Jüngst hat wieder der Vorstand des Juristentags Gutachten darüber gefordert, und ein Münchner Privatdozent hat sich auch mit Eifer dafür erklärt. Auch die neuentworfne österreichische Prozeßordnung (die sonst manches zu der deutschen im Gegensatz stehende Gute enthält) hat unter Umschreibung mit einigen Vorsichtsmaßregeln die Einrichtung aufgenommen. Ich meinerseits halte die Vernehmung der Parteien als Zeugen für den größten Frevel, den man gegen die Gerechtigkeit und die Heilighaltung des Eides begehen kann. Es ist ein Lieblingsgedanke von Richtern, die nach einer gesetzlichen Form suchen, unter der sie die eine Partei vor der andern begünstigen und nach Befinden in dem Gewissen der Parteien wühlen können.]

Eine neue Strafrechtswissenschaft

[Grenzboten 1889 III S. 208]

Gegen Ende vorigen Jahres ist von den Professoren von Liszt in Marburg, van Hamel in Amsterdam und Prins in Brüssel eine „Internationale kriminalistische Vereinigung“ gegründet worden. In dem gegen Anfang Februar erschienenen Hefte der „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft“ wurden die Satzungen dieser Vereinigung verkündet. Ihnen war ein kurzer Aufsatz des Professors von Liszt beigefügt, der die Ziele der Vereinigung näher erläuterte. Fast gleichzeitig erschien in den Grenzboten (Heft vom 14. Februar) ein ohne Zweifel von den Gründern veranlaßter Aufsatz, der die Ziele der Vereinigung noch offener besprach. Endlich ist im Juni dieses Jahres das erste Heft einer Zeitschrift „Mitteilungen der internationalen kriminalistischen Vereinigung“ (bei Guttentag in Berlin und Muquardt in Brüssel) erschienen, das die Bestrebungen der Vereinigung zur allgemeinen Kenntnis bringen soll. Die Satzungen des Vereins und der erstgedachte Aufsatz in französischer Übersetzung werden darin mitgeteilt. Wir erfahren auch, daß der Verein bereits an zweihundert Mitglieder fast aus allen Ländern Europas gewonnen hat, und daß er im August dieses Jahres eine Versammlung in Brüssel halten will.

Hiernach wird es gerechtfertigt sein, wenn wir die Bestrebungen dieses Vereins einer nähern Betrachtung unterziehen. Selbstverständlich thun wir das nur vom deutschen Standpunkt aus. Wie die Zustände der Strafrechtspflege in

andern Ländern sind, welche Bedürfnisse nach Reform dort obwalten, und wie in diesen Beziehungen die Bestrebungen des Vereins einschlagen, darüber erlauben wir uns kein Urteil. Bei unsrer Betrachtung werden wir neben den Satzungen der Vereinigung auch die beiden vorgedachten Aufsätze ins Auge zu fassen haben, da diese die erläuternden Programme bilden, unter denen der Verein ins Leben getreten ist. Vorausschicken müssen wir unsrer Betrachtung eine kurze Darstellung der bestehenden Zustände auf dem Gebiete des Strafrechts.

Seitdem es eine menschliche Gesellschaft giebt, ist wohl in dieser das Bewußtsein lebendig gewesen, daß gewisse Verletzungen der gesellschaftlichen Ordnung notwendig eine an dem Thäter zu vollziehende Sühne erheischen. Sobald die organisierte menschliche Gesellschaft, die wir Staat nennen, diese Sühne in die Hand nimmt, nennen wir sie Strafe. Unzählige Theorien sind aufgestellt worden, um die Berechtigung des Staates, den Missethäter zu strafen, zu erklären und zu begründen. Für den praktischen Staatsmann wird die Erklärung genügen, daß ohne die Strafe die menschliche Gesellschaft dem Verbrechen preisgegeben und in ihrem ganzen Bestande gefährdet sein würde. Mit diesem Rechte der Notwehr ist die Rechtfertigung des Staates, das Verbrechen zu strafen, gegeben. Was das Maß der Strafe betrifft, so verlangt das natürliche menschliche Gefühl, daß sie einerseits dem Maße des bösen Willens oder der Verschuldung des Thäters, andrerseits der Größe des Übels entspreche, das der Thäter der menschlichen Gesellschaft oder ihren einzelnen Gliedern zugefügt hat. Eine Strafe, die diesem Maß entspricht, nennen wir gerecht. Eine solche für jedes Vergehen, sei es auch nur innerhalb gewisser Grenzen, festzustellen, ist das Strafgesetz bemüht gewesen. Um auch für den einzelnen Fall die Gerechtigkeit der Strafe zu sichern, hat man in allen Kulturstaaten die Zuerkennung derselben in die Hände unabhängiger Richter gelegt. Freilich kommt es auch darauf an, daß die zuerkannte Strafe gerecht vollzogen werde. Man hat aber

in den meisten Staaten kein Bedenken getragen, die zur Strafvollziehung bestimmten Anstalten unter die Aufsicht von Verwaltungsbeamten zu stellen.

Wie alle menschlichen Einrichtungen, leidet auch die Strafrechtspflege unter der menschlichen Schwäche. Wir sehen ganz davon ab, daß unzählige Vergehen und Verbrechen sich der richterlichen Erkenntnis ganz entziehen. Auch wo die That für die richterliche Erkenntnis erreichbar ist, trägt die Rechtsprechung doch Unvollkommenheiten genug an sich. Der Richter kann in den wenigen Stunden, wo der Angeklagte ihm gegenüber steht, ihm nicht ins Herz sehen. Er muß sich daran genügen lassen, die Handlung ihrer äußern Erscheinung nach zu würdigen. Dadurch nimmt die Strafzuerkennung stets etwas mehr oder minder Schablonenhaftes an.

In frühern Zeiten glaubte man die Ziele der Strafrechtspflege nur erreichen zu können, wenn man zur Abschreckung recht strenge Strafen anordnete. Eine ganze Reihe von Verbrechen war mit dem Tode, zum Teil noch in geschärfter Form, bedroht. Das deutsche Strafgesetzbuch hat die Todesstrafe auf ganz wenige Fälle beschränkt, und bei Erlaß desselben entbrannte sogar ein lebhafter Kampf für gänzliche Abschaffung dieser Strafe. Auch die Prügelstrafe, die früher sehr beliebt war (wenigstens bei manchen Richtern, minder bei den Delinquenten), ist gänzlich abgeschafft. Es bleiben also als regelmäßige Strafen nur Freiheitsstrafen in verschiednen Abstufungen und Geldstrafen. Beide können in außerordentlich verschiednem Umfange erkannt werden. Ein absoluter Maßstab dafür, was eine gerechte Strafe sei, läßt sich niemals finden. Um richterliche Willkür möglichst auszuschließen, bestimmten frühere Gesetze für jedes einzelne Vergehen die zu erkennende Freiheits- oder Geldstrafe innerhalb enger Grenzen. Es hatte dies die Folge, daß in einzelnen Fällen die dem Gesetze gemäß erkannte Strafe dem natürlichen Rechtsgefühl ganz und gar widersprach. Das deutsche Strafgesetzbuch hat diese Richtung verlassen und hat für die

meisten Vergehen Strafen vorgeschrieben, die dem richterlichen Ermessen einen weiten Spielraum gewähren. Das trägt nun aber wieder die Gefahr in sich, daß der Richter von dieser ihm gewährten Freiheit keinen richtigen Gebrauch macht. Namentlich hat die Erfahrung gezeigt, daß viele Richter geneigt sind, innerhalb des vom Gesetz aufgestellten Rahmens regelmäßig die mildeste oder eine dieser nahe kommende Strafe zuzuerkennen, wodurch die Wirksamkeit der Strafgesetze schwer gefährdet wird. Was das Verhältnis von Gefängnis- und Geldstrafe anbelangt, so geht das Strafgesetz im allgemeinen davon aus, daß mit Geldstrafen nur gewisse geringere Vergehen zu ahnden seien. Es ist richtig, daß in unserm Volksbewußtsein die Geldstrafe als minder in die Ehre des Menschen eingreifend betrachtet wird als eine Gefängnisstrafe. Gerade deshalb aber hält man es für angemessen, für Vergehen, die aus unehrenhafter Gesinnung hervorgehen, von vornherein eine Gefängnisstrafe vorzuschreiben, und zwar um so mehr, als eine Geldstrafe den Reichen nicht sehr schwer trifft. Aber auch dann, wenn jemand so arm ist, daß er die Geldstrafe nicht erlegen kann, bleibt, um ihn nicht völlig straflos zu lassen, nichts andres übrig, als die Geldstrafe in eine mäßige Haftstrafe umzuwandeln.

So wie die Zuerkennung, hat auch die Vollziehung der Strafen, namentlich der Gefängnisstrafen, überall mit der Unvollkommenheit menschlicher Verhältnisse zu kämpfen. Zunächst kommt wieder in Betracht, daß man nicht jeden einzelnen Sträfling ganz individuell behandeln kann, sondern es macht sich auch hier notgedrungen das Schablonenhafte geltend. Unzweifelhaft hat das Gefängnis die Bestimmung, dem Gefangnen die Strafe als ein wirkliches Übel fühlbar zu machen, und darnach müssen dessen Einrichtungen getroffen sein. Früher waren wohl auch die meisten Gefängnisse so schlecht, daß sie in dieser Richtung jedenfalls ihren Zweck erfüllten. Nun hat man aber wieder gesagt: die Strafe darf nicht in Grausamkeit ausarten; auch im Gefängnis muß der Verbrecher

noch ein menschenwürdiges Dasein führen. Darnach hat man vielfach Gefängnisse hergerichtet, in denen der Gefangne besser lebt, als der in der Freiheit befindliche Arme in seinen elenden Räumen. Und dies hat zur Folge gehabt, daß für manche das Gefängnis seine Schrecken verloren hat. Nicht selten hört man von Übelthaten, die jemand nur deshalb begangen hat, um im Gefängnis ein Unterkommen zu finden.

Eine besondre Schwierigkeit bildet auch die Frage, wie die Gefangnen untergebracht werden sollen. Man hat gesagt: setzt man den vielleicht noch wenig verdorbnen Gefangnen mit andern Verbrechern zusammen, so wird er erst recht verdorben. Gewiß richtig! Also hat man für die Gefangnen Einzelhaft gefordert und deshalb große Gefängnisse mit Einzelzellen gebaut. Dann hat man aber auch wieder gesagt: Jahre lang allein zu sitzen, kann ein Mensch nicht aushalten; da wird er wahnsinnig. Wiederum richtig! Also hat man das Vereinzelungssystem wieder aufgegeben und setzt die Gefangnen wieder zu einander. Man hat dann beide Systeme gemischt angewandt, und daraus sind mannigfache Arten der Strafvollziehung hervorgegangen. Ein durchaus bewährtes System hat man aber bis auf den heutigen Tag nicht gefunden. Nach dem deutschen Strafgesetzbuch ist die Vollziehung der Zuchthaus- und Gefängnisstrafe durch Einzelhaft in das Ermessen der Vollziehungsbehörde gestellt. Die Einzelhaft darf jedoch ohne Zustimmung des Gefangnen die Dauer von drei Jahren nicht übersteigen.

Daß die Gefängnisverwaltung sich auch zum Ziele setzen muß, die Gefangnen so weit wie möglich sittlich zu bessern, damit sie als brauchbare Menschen in das bürgerliche Leben zurückkehren, ist unzweifelhaft. Aber auch dieses Ziel läßt sich leichter theoretisch aufstellen, als die praktischen Mittel zu seiner Erreichung zu finden sind. Namentlich macht den Gefängnisverwaltungen die Frage Schwierigkeit, wie sie die Gefangnen beschäftigen sollen. Unbeschäftigt kann man sie doch nicht lassen. Auch kann man nicht nutzlose Arbeiten

ihnen aufgeben. Verwendet man sie aber zu nützlichen Arbeiten, so erheben die freien Arbeiter, die denselben Geschäften obliegen, bittere Klage über die ihnen gemachte Konkurrenz. Sicherlich ist das Gefängniswesen in Deutschland noch vieler Verbesserungen fähig. Eine durchgreifende Verbesserung würde jedoch sehr bedeutende Geldmittel in Anspruch nehmen.

Diese flüchtige Zeichnung wird genügen, um anschaulich zu machen, mit welchen in der Natur der Dinge begründeten Schwierigkeiten die Strafrechtspflege zu kämpfen hat. An Versuchen, diese Schwierigkeiten zu überwinden, hat es auch bisher schon nicht gefehlt. Aber fast jede Einrichtung, die man trifft, hat neben dem Guten, das sie bringt, auch ihr Schlimmes, und es ist wohl zuzusehen, ob das Schlimme nicht überwiegt. Zum Troste müssen wir uns schließlich sagen, daß trotz aller Schwächen, mit denen sie behaftet ist, unsre Strafrechtspflege doch im großen Ganzen ihren Zweck erfüllt, indem sie der menschlichen Gesellschaft einen leidlichen Schutz wider das Verbrechen gewährt.

Nun braucht dieser Stand der Sache uns ja nicht abzuhalten, fortwährend darüber nachzusinnen, ob nicht doch Verbesserungen an dem Bestehenden getroffen werden können, die die Strafrechtspflege ihren Zielen näher führen. Das ist Pflicht eines jeden, den die Sache angeht. Aber wir meinen, angesichts des vielen, was in dieser Richtung schon versucht worden ist, müßten alle solche Vorschläge mit einer gewissen Bescheidenheit auftreten. Denn das muß sich doch jeder sagen, daß man auch mit dem besten Willen die Dinge nicht in der Hand hat, und daß es zwar leicht ist, Aufstellungen zu machen, aber oft schwer, sie auch praktisch durchzuführen.

Betrachten wir nun, wie die „Internationale Vereinigung" sich einführt. Der Aufsatz in der Zeitschrift sagt: „Die Vereinigung will alle diejenigen Personen umfassen, welche die Aufgabe der Strafe in der zielbewußten (!) Bekämpfung des Verbrechertums erblicken. Sie geht davon aus, daß, wer das Verbrechertum bekämpfen will, das Verbrechertum kennen muß.

Das Verbrechen tritt uns entgegen als eine Erſcheinung, als eine Thatſache, ein Ereignis im Leben des Einzelnen, wie im Leben des geſellſchaftlichen Körpers. Die wiſſenſchaftliche Unterſuchung des Verbrechens in dieſen beiden Richtungen kann als Kriminalbiologie (oder Kriminalanthropologie) und Kriminalſoziologie bezeichnet werden.“ Noch weit energiſcher ſpricht ſich der Aufſatz der Grenzboten aus, er weiſt alle Beſcheidenheit weit von ſich. Über die ganze bisherige Strafrechtspflege wird darin der Stab gebrochen. „Politiker und Volkswirte, Geiſtliche und Laien ſind darüber einig, daß das Strafrecht in ſeiner gegenwärtigen Faſſung durchaus unfähig ſei, das zu leiſten, was es leiſten kann und im Intereſſe von Staat und Geſellſchaft auch leiſten muß.“ Dann wird berichtet, daß zur Vorbereitung der Umbildung des Strafrechts ſich eine internationale Vereinigung gebildet habe, die durch drei der hervorragendſten Kriminaliſten unſrer Zeit (es werden die drei Profeſſoren genannt) begründet worden ſei. Dieſe Verbindung wende ſich ſcharf gegen die bisherige Richtung, durch die der praktiſche Zweck des Strafrechts ganz in Vergeſſenheit gekommen ſei. Das Verbrechen müſſe als geſellſchaftliche Erſcheinung betrachtet und bekämpft werden. Zu ſeiner Ergründung müßten die reichen Ergebniſſe der Geſellſchaftswiſſenſchaft im weiteſten Umfange berückſichtigt werden. „Wer heute noch glaubt, das Verbrechen ohne eingehendſte Beachtung der Strafſtatiſtik verſtehen zu können, zeigt, daß er von dem Weſen des Verbrechens keine Ahnung hat.“

Nach dieſen vielverſprechenden Worten iſt man in der That geſpannt darauf, wie denn nun die bisher über das Weſen des Verbrechens ahnungsloſe Welt werde aufgeklärt und welches Evangelium neuer Strafrechtslehre der bisher im Dunkeln tappenden Wiſſenſchaft werde verkündet werden. Betrachten wir nun im einzelnen die Sätze, die die Vereinigung zur Bezeichnung ihrer Ziele aufſtellt.

Satz 1 und 2 lauten: „Aufgabe der Strafe iſt die Bekämpfung des Verbrechens als ſozialer Erſcheinung. Die

Ergebnisse der anthropologischen und soziologischen Forschungen sind daher von der Strafrechtswissenschaft wie von der Strafgesetzgebung zu berücksichtigen." Darnach sollte man annehmen, die Gründer der Vereinigung hätten mit jenen neuentdeckten Wissenschaften bereits ungeheure Ergebnisse für das Strafrecht erzielt, die sie zum Gemeingut der Welt machen wollen. Was sagt nun aber der Aufsatz der Zeitschrift? „Die anthropologische und soziologische Untersuchung des Verbrechens hat eben erst begonnen. Die Vereinigung hat es vermieden, vermeintliche (so!) Ergebnisse derselben in ihr Programm aufzunehmen." Die Gründer wissen also selbst noch gar nicht, was sie mit ihren neuentdeckten Wissenschaften machen wollen. Die aufgestellten Sätze sind nichts als hochtönende Worte ohne wirklichen Kern. Das, was Verständiges in ihnen gefunden werden kann, ist längst bekannt und allgemein anerkannt.

Satz 3 lautet: „Die Strafe ist eines der wirksamsten Mittel zur Bekämpfung des Verbrechens. Sie ist aber nicht das einzige Mittel. Sie darf daher nicht aus dem Zusammenhange mit den übrigen Mitteln zur Bekämpfung, insbesondre zur Verhütung des Verbrechens, gerissen werden." Wir fragen: Hat denn schon jemand den Satz aufgestellt, daß die Strafe das einzige Mittel sei, um das Verbrechen zu bekämpfen? Wir haben Schule und Kirche, deren Aufgabe es ist, den Menschen sittlich zu erziehen und dadurch auch Verbrechen zu verhüten. Wir haben auch die Polizei, deren Aufgabe es ist, die Ausführung von Verbrechen zu hindern. Nun soll aber „die Strafe mit den übrigen Mitteln zur Bekämpfung des Verbrechens nicht aus dem Zusammenhange gerissen werden." Was heißt das? Was denkt man sich dabei? Wir unserseits können uns dabei gar nichts denken und halten auch diesen Satz für leere Worte.

Es folgt dann der Satz 4: „Die Unterscheidung der Gelegenheitsverbrecher und der Gewohnheitsverbrecher ist von grundlegender Bedeutung in theoretischer wie in praktischer

Beziehung; sie hat daher als Grundlage für die Bestimmungen der Strafgesetzgebung zu dienen.“ In Betreff dessen, was hier begehrt wird, hat bereits ein Artikel der Grenzboten („Zur Strafrechtspflege,“ Heft vom 28. März d. J.) das Nötige erwidert. Die schwerere Bestrafung des Rückfalles beim Verbrechen ist uralt. Auch das deutsche Strafgesetzbuch ordnet für den Rückfall bei den Verbrechen, wo er am häufigsten vorkommt (bei Diebstahl, Raub, Hehlerei und Betrug), namhaft gemachte höhere Strafen an. Bei andern Vergehen berücksichtigt die Praxis den Rückfall bei der Strafzumessung. Glaubt nun aber die Vereinigung für die „grundlegende“ Unterscheidung zwischen Gelegenheits- und Gewohnheitsverbrechern ganz neue Kennzeichen oder für die letztern ganz neue Strafen entdeckt zu haben, so verkünde man sie uns doch! Einstweilen haben wir keine Vorstellung davon.

Satz 5 lautet: „Da Strafrechtspflege und Strafvollzug demselben Zwecke dienen, das strafrichterliche Urteil mithin erst durch die Vollstreckung der Strafe Gehalt und Bedeutung gewinnt, erscheint die dem heutigen Strafrechte eigentümliche Trennung des Strafvollzugs von der Strafrechtspflege als unrichtig und zweckwidrig.“ Der Aufsatz der Zeitschrift sagt zur Erläuterung: „Die Vereinigung glaubt an die Möglichkeit, auch im Einzelfalle die Verbindung zwischen der richterlichen Thätigkeit und dem Strafvollzug wiederherzustellen; sie vermeidet aber zur Zeit sich darüber auszusprechen, auf welche Weise (ob etwa durch kräftige Entwicklung der Strafvollzugsausschüsse) die Verbindung hergestellt werden könnte.“ Der Grenzbotenaufsatz sagt noch offner: „Der Strafvollzug muß den wesentlichsten Teil der Strafrechtspflege bilden.“ Auch hier stellt man sich staunend die Frage, was bei diesen Sätzen wohl gedacht sein möge. Mit dem hingeworfnen Gedanken einer „kräftigen Entwicklung der Strafvollzugsausschüsse“ ist natürlich gar nichts gesagt. Es ist ja vollkommen anzuerkennen, daß die Strafvollziehung

ebenso wie die Strafzuerkennung von dem Grundsatz der Gerechtigkeit geleitet werden muß; und man kann deshalb darüber streiten, ob es richtiger sei, die für die Strafvollziehung bestimmten Anstalten unter die Aufsicht von Justiz- oder von Verwaltungsbehörden zu stellen. Soll aber der Gedanke, „den Strafvollzug nicht von der Strafrechtspflege zu trennen," Wahrheit werden, so würde es nicht genügen, daß die Gefängnisse überhaupt unter die Aufsicht von Justizbehörden, ja selbst von Richtern gestellt würden; vielmehr müßten die Richter, die die Strafe zuerkannt haben, auch die Vollziehung dieser Strafe an den Gefangnen überwachen. Denn wenn auch nur in der Person der strafvollziehenden und der strafzuerkennenden Beamten eine Verschiedenheit stattfände, so wäre ja damit schon die Trennung der Strafvollziehung von der Strafrechtspflege gegeben. Es müßte also jede Strafkammer jeden von ihr verurteilten Verbrecher ständig unter Aufsicht haben. Sie müßte bestimmen, ob er in Einzelhaft genommen oder daraus entlassen werden, wie er beschäftigt werden solle u. s. w. Den Gerichten würde neben ihrer rechtsprechenden Thätigkeit noch eine ganz neue Thätigkeit erwachsen, bei der sie über den weitern Lebenslauf aller von ihnen Verurteilten gewissermaßen Buch führen müßten. Über die Insassen eines größern Gefängnisses würden gleichzeitig eine ganze Reihe von Gerichten die Aufsicht zu führen haben, wobei diese von ganz verschiednen Grundsätzen ausgehen könnten. Wir fragen jeden, der eine Spur von praktischem Sinn in trägt, ob er eine solche Einrichtung für möglich hält? Überhaupt aber kommt es für die Gerechtigkeit des Strafvollzugs weit weniger auf den Namen der Behörde als auf die Persönlichkeit der Beamten an, die den Gefängnissen vorstehen.

Es folgt dann der allerdings sehr unschuldige Satz 6: „Da die Freiheitsstrafe in unserm Strafsystem mit Recht die erste Stelle einnimmt, wird die Vereinigung den Bestrebungen zur Verbesserung der Gefängnisse und der verwandten Anstalten

besondre Beachtung widmen.“ Dem steht natürlich nichts entgegen.

Die letzten Sätze 7, 8, 9 betreffen die Bemessung der Freiheitsstrafen. Ehe wir darüber berichten, müssen wir eine Betrachtung unserseits vorausschicken.

Wir sind der Ansicht — und zwar, wie wir glauben, in Übereinstimmung mit vielen andern —, daß unsre Strafrechtspflege nicht durchweg mit der gebührenden Strenge gehandhabt werde. Ganz abgesehen von den Schwächen der Geschwornengerichte, die ja mannigfachen Einflüssen zugänglich sind, liegt der Fehler auch bei den ordentlichen Richtern vorzugsweise darin, daß sie die Strafen zu gering bemessen. Es geht dieser Fehler teils aus dem Mangel an klarer Einsicht, teils aus Charakterschwäche hervor. Bei manchen Gerichten scheint diese schlaffe Richtung fast zur Gewohnheit geworden zu sein. Namentlich ist der Vorwurf, daß die Gerichte gegen Gewaltthätigkeitsverbrechen nicht genügend einschreiten, fast so alt wie das Strafgesetzbuch. Schon in der Reichstagsrede vom 5. Dezember 1875 hatte Fürst Bismarck Veranlassung, die Klage zu führen, daß von unsern Gerichten „das Geld im Gesetzgebungstarif höher angeschlagen werde, als die gesunden Knochen.“ Seitdem hat aber diese unberechtigte Milde fortgewuchert. Und wenn die neueste Strafstatistik ergeben hat, daß zwar die Eigentumsverbrechen abgenommen, die Gewaltthätigkeitsverbrechen dagegen zugenommen haben, so dürfte an dieser Zunahme wohl die Milde unsrer Strafgerichte einen Teil der Schuld tragen. Soweit nun in den Bestrebungen der internationalen Vereinigung eine gewisse Reaktion gegen diese Milde zu finden ist, kann man ihre Berechtigung ja anerkennen. Wahrscheinlich hat es auch nur diese Richtung mit sich gebracht, daß dem Verein eine Anzahl Männer von hochachtbarem Namen beigetreten ist; daß sie das Programm der Gründung im übrigen näher geprüft haben sollten, wagen wir einigermaßen zu bezweifeln, da ihnen sonst dessen Schwächen nicht hätten entgehen können.

Wir kehren nun zu den Satzungen des Vereins zurück und stellen den Satz 8 voran. Er lautet: „Bei langzeitigen Freiheitsstrafen ist die Bemessung der Strafdauer nicht nur von den Ergebnissen des Strafverfahrens, sondern auch von denjenigen des Strafvollzugs abhängig zu machen.“ Nach der in dem Aufsatz der „Zeitschrift“ gegebnen Erläuterung soll dieser Satz in sich fassen: 1. die Abkürzung der richterlich erkannten Strafen (bedingte Freilassung); 2. die Verlängerung derselben (Zusatzbestrafung) und 3. die Befugnis des Richters, unbestimmte, d. h. nur nach Mindest- und Höchstmaß bestimmte Strafurteile zu geben. Der Grenzbotenaufsatz sagt dazu: „Es ist ungerechtfertigt, die Dauer der Strafe ein für allemal im Urteile festzusetzen; sie muß auch von dem Ergebnis des Strafvollzugs abhängig gemacht werden.“ Sehen wir zunächst auf den bestehenden Zustand, so finden wir da das Begnadigungsrecht des Landesherrn, der eine zuerkannte Strafe erlassen oder abkürzen kann. Die Bürgschaft gegen einen Mißbrauch dieses Rechts liegt eben in der höchsten Person. Durch das Strafgesetzbuch ist dann das Recht der vorläufigen Entlassung hinzugekommen. Ein Sträfling, der eine längere Freiheitsstrafe verbüßt, kann, wenn drei Vierteile seiner Strafzeit um sind, durch Beschluß der höchsten Justizaufsichtsbehörde vorläufig auf Wohlverhalten entlassen werden. Über die Art und Weise, wie von den Justizministerien in den verschiednen deutschen Ländern von dieser Befugnis Gebrauch gemacht wird, ist uns nur das bekannt geworden, was in der Statistik der dem preußischen Ministerium des Innern unterstellten Strafanstalten darüber mitgeteilt wird. Darnach betrug während der Jahre 1880 bis 1888 die Zahl der Fälle, in denen die vorläufige Entlassung eines Gefangnen beantragt wurde, nur etwa 1 bis 1,3 Prozent, und von diesen beantragten Fällen fanden nur etwa die Hälfte bis zwei Drittel Genehmigung. Die vorläufige Entlassung umfaßte hiernach nur etwa 0,72 Prozent aller Sträflinge. Da nun jedem höchstens ein Viertel seiner Strafe erlassen

werden konnte, auch bei etwa 4 Prozent der Entlassenen ein Widerruf notwendig wurde, so betrug der auf diese Weise gewährte Straferlaß noch nicht einmal 0,18 Prozent aller zuerkannten Strafen. Man sieht hieraus, daß die vorläufige Entlassung, wenigstens in Preußen, bei weitem nicht die Bedeutung erlangt hat, die bei Erlaß des Strafgesetzbuchs manche Schwärmer ihr beilegten. Das preußische Justizministerium ist dabei — wie freilich kaum anders zu erwarten war — mit großer Vorsicht zu Werke gegangen und hat dadurch das Ansehen der Strafrechtspflege zu wahren gewußt. Aber auch von vornherein war die Verleihung dieser Befugnisse an eine Verwaltungsinstanz minder bedenklich, weil es sich dabei, ebenso wie bei dem Begnadigungsrechte des Landesherrn, nicht darum handelt, eine nicht zuerkannte Strafe zuzufügen, sondern nur eine zuerkannte zu mindern. Unberührt ist also der Grundsatz geblieben, daß niemandem ohne Urteil und Recht eine Strafe zugefügt werden könne; ein Grundsatz, der nur unter den schwersten Kämpfen im Laufe der letzten Jahrhunderte errungen worden ist.

Wenn nun die Vereinigung den neuen Satz aufstellt, daß je nach den Ergebnissen der Strafvollziehung eine zuerkannte Strafe nicht bloß abgekürzt, sondern auch verlängert werden soll, so fragen wir zunächst: Wer soll denn darüber entscheiden? das Gericht, das die Strafe zuerkannt hat, oder auch hier eine Verwaltungsbehörde? Sagt man: das Gericht, dann würde allerdings der obige Grundsatz gewahrt bleiben. Aber auf welche Grundlage hin würde wohl das Gericht imstande sein, eine solche Entscheidung zu geben? Wir haben keine Vorstellung davon. Schließlich würde alles darauf ankommen, wie die Gefängnisbeamten über den Sträfling berichteten. Wäre es aber die Absicht, ebenso, wie bei der vorläufigen Entlassung die Abkürzung der Strafe, auch deren Verlängerung in das Ermessen einer Verwaltungsbehörde zu stellen, so würde damit — wir sprechen dies aus ohne jedes persönliche Mißtrauen gegen diese Behörden — der Grundsatz,

daß eine Strafe nur nach Urteil und Recht zugefügt werden könne, und damit einer der wichtigsten Fortschritte in der Kulturgeschichte preisgegeben sein. Und es wäre wahrhaft erstaunlich, wenn in demselben Jahre, wo man die hundertjährige Feier des Aufhörens der lettres de cachet in Frankreich begeht, deutsche Professoren eine Einrichtung ersonnen hätten, die sich grundsätzlich in nichts von den lettres de cachet unterschiede. [a]

Eine seltsame Neuerung würden auch die „unbestimmten Strafurteile" sein. Ein solches Urteil würde also etwa so lauten: „Der Angeklagte wird des — — schuldig erkannt und deshalb zu einer Zuchthausstrafe von drei bis fünf Jahren verurteilt." Das wäre eine herrliche Erfindung für denkfaule und schwachherzige Richter, die damit die Last und die Verantwortung der Strafzumessung von sich ab und auf andre, die später zu entscheiden hätten, überwälzen könnten.

Wir lassen nun den Satz 9 folgen: „Unverbesserliche Gewohnheitsverbrecher hat die Strafgesetzgebung, und zwar auch dann, wenn es sich um die oftmalige Wiederholung kleinerer Vergehen handelt, für eine möglichst lange Zeitdauer unschädlich zu machen." Der Grenzbotenaufsatz bemerkt dazu: „Eine solche Vorschrift fehlt uns ganz ungemein, und wir werden nicht eher vor dem Gesindel Ruhe bekommen, das seine viehischen Triebe nun einmal nicht zu bändigen vermag, bis die Gesetzgebung, dem mattherzigen Humanitätsdusel mancher Kriminalisten zum Trotz, das geltende Recht in dieser Weise ergänzt hat." (Es folgt dann noch eine „geharnischte Verwahrung gegen die ungesunde, kraft- und markloſe, mit rührseligen Redensarten vollgepackte Schule" u. s. w.) Wir

---

[a] In einem spätern Aufsatze hat dann Professor v. Liszt den erstaunlichen Vorschlag gemacht, daß die Gerichte nur eine innerhalb gewisser weit auseinander liegenden Grenzen Strafe erkennen sollen, dann aber ein höchst sonderbar zusammengesetztes „Strafvollzugsamt" darüber entscheiden soll, wie lange die wirkliche Strafe zu dauern habe.

fragen einfach: Was will man denn nun eigentlich vorgeschrieben haben? Hängen wird man doch den Gewohnheitsdieb heutzutage nicht mehr wollen. Also müßte man ihn zeitlebens einsperren. Um eine solche, die ganze Existenz eines Menschen vernichtende Strafe auszusprechen, müßte man aber doch genau wissen, was ein „unverbesserlicher Gewohnheitsverbrecher" sei? Ist es ein Dieb im dritten, fünften, siebenten oder einem noch spätern Betretungsfalle? Und wenn jemand im siebenten Falle einen Laib Brot oder ein Scheit Holz stähle, würde es wohl dem Rechtsbewußtsein unsers Volkes entsprechen, wenn er dafür lebenslänglich ins Zuchthaus geschickt würde? Wie soll das neue Gesetz lauten, das die internationale Vereinigung gegen „unverbesserliche Gewohnheitsverbrecher" empfiehlt? Wir sind gespannt darauf. Wir müssen aber auch an die obige erläuternde Bemerkung einige Worte anknüpfen. Von dem Vorwurfe des „Humanitätsdusels" fühlen wir uns nicht getroffen, da wir der Notwendigkeit, mit Ernst gegen das Verbrechen einzuschreiten, uns vollkommen bewußt sind. Gleichwohl möchten wir darauf hinweisen, daß, wenn das Schicksal, die Gefängnisse zu füllen, fast ausschließlich auf den niedern Ständen lastet, dies ja nicht darin seinen Grund hat, daß deren Glieder von Haus aus schlechter wären als die der höhern, sondern nur darin, daß sie durch ihre gesamten Lebensverhältnisse dem Verbrechen weit näher geführt werden. Niemand von uns, die wir den höhern Ständen angehören, kann von sich mit Sicherheit sagen, ob nicht auch er, wenn er unter andern Verhältnissen geboren wäre, statt auf seinem jetzigen, vielleicht hohen Platze, auf der Anklagebank säße. Und deshalb sollte doch jeder, der mit Verbrechen oder Verbrechern zu thun hat, es vermeiden, ihnen mit sittlichem Hochmut gegenüberzutreten.[1])

---

1) Vielleicht ist es angemessen, hier an einen Vorgang zu erinnern, der sich vor längern Jahren in Paris abspielte. Der Vorsitzende eines Gerichtshofes kanzelte ein armes Mädchen, das sich einer Veruntreuung

Wir kommen endlich zu dem Satz 7, der einer etwas ausführlichern Besprechung bedarf. Er lautet: „Die Vereinigung hält den Ersatz der kurzzeitigen Freiheitsstrafen durch andre Strafmittel von gleicher Wirksamkeit für möglich und wünschenswert.“ Zur Unterstützung dieses Satzes bezeichnet der Grenzbotenaufsatz die kurzen Freiheitsstrafen als „den Fluch unsrer Rechtspflege, die nur verderben.“ Auch hierin liegt vielleicht ein gewisser berechtigter Kern insofern, als viele Gefängnisse, in denen die kurzen Freiheitsstrafen vollzogen werden — wir haben natürlich keinen umfassenden Überblick darüber —, von einer Beschaffenheit sein mögen, daß sie den Zielen der Strafrechtspflege wenig entsprechen. Aber unwillkürlich fragt man sich doch, wenn von einem Ersatz der kurzen Freiheitsstrafen durch andre Strafmittel geredet wird, was für Strafmittel das sein können? Der Aufsatz der Zeitschrift führt als solche auf: bedingte Verurteilung, Friedensbürgschaft, Forst- und Gemeindearbeiten. Der Grenzbotenaufsatz dagegen sagt: „Hier dürfte wohl die Prügelstrafe, vor allem bei jugendlichen Verbrechern, in Betracht kommen; auch die Einführung der Friedensbürgschaft dürfte zu erwägen sein.“ Wir fanden endlich auch in der Nationalzeitung vom 25. Juni einen Aufsatz über diesen Gegenstand von Professor Berner, der ebenfalls in diesem Sinne das Wort führt und die einzelnen Strafarten, die an die Stelle der kürzern Freiheitsstrafen treten sollen, näher in Betracht zieht. Auch diesen Aufsatz wollen wir im folgenden mit berücksichtigen.

Wir bemerken zunächst, daß gegen die kurzen Freiheitsstrafen von ganz verschiednen Gesichtspunkten aus gekämpft wird. So finden wir in den Motiven des belgischen Gesetzes, das die bedingte Verurteilung eingeführt hat, die Hinweisung darauf, welch schweres Übel für die Gesellschaft

---

schuldig gemacht hatte, mit scharfen Worten herunter. Sie antwortete: „Herr Präsident, es ist keine Kunst, tugendhaft zu sein, wenn man reich ist.“

es sei, wenn die Strafvollziehung jemanden, „den bisher die Achtung vor sich selbst und die Liebe der Familie in den Bahnen des Gesetzes erhalten hatte, in die Reihen jener Unglücklichen hinausstößt, die in ihren eignen Augen erniedrigt, vor ihren Angehörigen entehrt sind und deshalb von Verbrechen zu Verbrechen fortschreiten.“ Offenbar steht nun aber der, der die kurzen Freiheitsstrafen in erster Linie durch Prügel ersetzen will, auf einem ganz andern Standpunkte. Denn man kann doch gewiß nicht sagen, daß der Empfang einer Prügelstrafe für das Ehrgefühl trostreicher sei, als das Erdulden einer kurzen Freiheitsstrafe. Was nun zunächst die Prügelstrafe als Ersatzmittel betrifft, so kann man ja zugeben, daß mitunter Vergehen vorkommen, bei denen viele Menschen das natürliche Gefühl anwandelt, daß der Thäter eine körperliche Züchtigung wohl verdient hätte. Das Bedenken liegt aber in der Gefahr des Mißbrauchs dieser Strafe, sowohl bei der Zuerkennung als bei der Vollziehung. Denn die Schwere der Vollziehung liegt lediglich in der Hand des Büttels. Wir glauben deshalb nicht, daß man sich so leicht zur Wiedereinführung dieser Strafe entschließen wird.

Weiter sollen an die Stelle der Freiheitsstrafen Geldstrafen treten. Wenn der Verurteilte nicht zahlen kann, soll er die Strafsumme abarbeiten, oder es sollen ihm „passende Zahlungsfristen“ gewährt werden. Wir sind der Ansicht, daß von den Geldstrafen schon jetzt eher zu viel als zu wenig Gebrauch gemacht werde. Für eine Menge von Vergehen bildet nur eine körperliche Strafe eine genügende Sühne. Es würde das öffentliche Rechtsbewußtsein tief verletzen, wenn der Reiche für eine von innerer Gemeinheit zeugenden Handlung mit einer Geldstrafe wegkäme, der er bei seinem Reichtume hohnlachte. Die Art, wie nach dem Obigen Zahlungsunfähige behandelt werden sollen, ist ja sehr menschenfreundlich. Sie würde aber die Straferkennung nur lächerlich machen.

Weiter wird empfohlen: Forst- und Gemeindearbeit.

Bekanntlich kommen dieſe ſchon jetzt vielfach in Anwendung als Erſatz für Geldſtrafe bei einzelnen Arten von Vergehen, namentlich bei Forſtfreveln. Allgemein ſie als Erſatz von kurzen Freiheitsſtrafen oder unbeitreiblichen Geldſtrafen anzuwenden, wird nicht angehen, weil der Staat ſolche Arbeiten nicht überall zu vergeben hat, und weil die Überwachung völlig unausführbar wäre. Überdies iſt es doch auch zweifelhaft, ob es gerade ehrenvoller iſt, öffentlich Strafarbeit zu verrichten, als einige Tage in Haft zu ſitzen.

Sodann werden als Erſatzmittel angeführt: Hausarreſt, Hausarbeit, Eingrenzung an einem beſtimmten Orte; ferner richterlicher Verweis (der bei uns ſchon für jugendliche Übertreter ſtatthaft iſt). Profeſſor Berner ſelbſt bemerkt dazu: „Allen dieſen und ähnlichen vorgeſchlagnen Maßregeln hängen ſich Zweifel darüber an, ob wir nicht den feſten Boden der Strafrechtspflege verlaſſen, ob den Auskunftsmitteln nicht der Ernſt einer öffentlichen Strafe fehle, ob ſie gehörig kontrolliert werden können.“ Gewiß ſehr richtig! Und damit halten wir auch dieſe Erſatzmittel für abgethan. Von der „Friedensbürgſchaft“ wollen wir erſt reden, wenn wir erfahren, was die Vorſchlagenden ſich darunter denken. Wir ſelbſt können uns gar nichts vernünftiges darunter denken.

Nun kommt noch das Mittel, auf das vorzugsweiſe von der neuen Schule Wert gelegt wird. Es heißt „bedingte Verurteilung.“ Wirklich hat ſich der konſtitutionelle Muſterſtaat Belgien beſtimmen laſſen, durch ein Geſetz von 1888 auch dieſe Muſtereinrichtung bei ſich einzuführen; und unſre Gelehrten können kaum die Zeit erwarten, wo man auch in Deutſchland ſie nachahmen wird. Wenn ein noch nicht beſtrafter Angeklagter in eine Freiheitsſtrafe bis zu ſechs Monaten zu verurteilen wäre, ſo ſoll das Gericht durch motivierte Entſcheidung anordnen können, daß die Vollſtreckung der Strafe fünf Jahre lang unterbleibe. Wenn dann der Angeklagte während dieſer Zeit kein neues Vergehen begeht, ſo ſoll er frei ſein. Dieſe „bedingte Verurtei-

lung“ ist also in der That keine Verurteilung, sondern dem Angeklagten wird für den ersten Fall die Strafe geschenkt. Nur wenn er wieder sündigt, soll er bestraft werden. Das ist der Sinn jenes Gesetzes. Ein Stück Motivierung für diese absonderliche Justizübung haben wir schon oben kennen gelernt, und man könnte versucht sein, die Kraftausdrücke, die der Grenzbotenaufsatz für die herrschende Richtung in Bereitschaft hat, gerade auf sie für anwendbar zu halten. Indessen mag es ja sein, daß es einzelne Fälle giebt, wo es nichts schadete, wenn man nach der Vorschrift des belgischen Gesetzes verführe. Ein Vater, der sein Kind erzieht, kann vielleicht einmal, wenn es gefehlt hat, mit gutem Erfolge zu ihm sagen: Diesmal soll es dir verziehen sein; thust du es aber wieder, so wirst du doppelt gestraft. Eine solche patriarchalische Justiz zu üben, sind aber die Gerichte völlig außer stande. Auch verlangt ja die Vereinigung die „bedingte Verurteilung“ nicht nur etwa für ganz seltene Ausnahmefälle, wo auch das Gericht zu erkennen in der Lage wäre, daß aus besondern Gründen die Strafvollstreckung besser unterbliebe. (Es würde damit dem Gericht eine Thätigkeit zugewiesen sein, die man heute von der Begnadigungsinstanz erwartet.) Vielmehr wird diese bedingte Verurteilung als ein Hauptersatzmittel für kurze Freiheitsstrafen, als ein „Lösungswort des Rätsels,“ wie diese entbehrt werden können, bezeichnet. Darnach soll sie also ganz regelmäßig eintreten. Für eine solche Behandlung fehlt aber den Gerichten jeder sichere Anhalt. Nach welchen Grundsätzen sollten sie bemessen, ob dem Angeklagten die Strafe zugefügt oder geschenkt werden soll? An die Stelle der objektiven Beurteilung würde sich die subjektive Willkür setzen. Und wenn es nicht wirklich Willkür wäre, so würde sie doch als solche erscheinen. Welchen Eindruck müßte es auf unser Volk machen, wenn von zwei Personen, die ganz dasselbe gethan haben, die eine ins Gefängnis gesteckt und die andre ohne Strafe entlassen würde? Bisher galt es als der höchste Ruhm des Richters, ohne

Anſehen der Perſon zu richten. Jetzt ſoll er ſich die Perſon anſehen und, je nachdem ſie ihm gefällt oder nicht gefällt, ſie freilaſſen oder ſtrafen. Leicht könnte ſich bei manchen Gerichten die Praxis dahin geſtalten, daß der Frevler, der den höhern Ständen angehört, freigelaſſen, der Proletarier aber ins Gefängnis geſteckt würde. Der Glaube, daß man von den Gerichten Gerechtigkeit zu erwarten habe, würde damit gänzlich zerſtört werden.

Und wie würde die empfohlene Einrichtung auf die Verübung von Vergehen wirken? Für eine Wiederholung des Vergehens würde die „bedingte Verurteilung“ vielleicht ein Abſchreckungsmittel abgeben. Aber wie wäre es für den erſten Fall, wenn der Frevler die wohlbegründete Ausſicht hätte, dafür nicht geſtraft zu werden? Natürlich läge darin ein ungeheurer Anreiz zum Freveln. Hat man ſich das wohl einmal überlegt?

Die Strafe hat aber nicht bloß die Bedeutung einer Abſchreckung für die Zukunft, ſondern ſie iſt zugleich Sühne für die Vergangenheit. Unſer Gerechtigkeitsgefühl verlangt, daß ein Frevel nicht ungeahndet bleibe. Und in erſter Linie macht ſich dieſes Gerechtigkeitsgefühl in der Perſon des Verletzten geltend. Nehmen wir einmal an, es wäre jemand von einem leidenſchaftlichen Menſcheu in einer Weiſe mißhandelt worden, daß dieſer eine dreimonatliche Gefängnisſtrafe dafür verdient hätte. Wie nun, wenn nach verhandelter Sache der Richter nichts weiter thäte, als daß er drohend den Finger in die Höhe höbe und zu dem Frevler ſagte: Thue es nicht wieder, ſonſt wirſt du doppelt geſtraft! Einſtweilen kannſt du nach Hauſe gehen und dich deines Lebens freuen. Vielleicht hätte der Thäter innerhalb von fünf Jahren gar keine Veranlaſſung, nochmals jemanden durchzuprügeln, und dann ginge er für den Frevel frei aus. Möchten doch unſre Profeſſoren ſich einmal ſelbſt in die Lage eines Verletzten hinein denken, und dann wollen wir die Frage an ſie richten, ob ſie wohl von einer ſolchen Juſtiz ſich erbaut fühlen würden?

Wir glauben, ſie würden höchlich empört darüber ſein. So wie ſie, würden aber auch andre empfinden.

Einer ſolchen kläglichen Juſtiz gegenüber würde ohne Zweifel auch die Selbſtrache wieder aufleben. Denn wo der Staat uns nicht hilft, da fühlen wir es als unſer natürliches Recht, uns ſelbſt zu helfen. Der Verletzte wird um ſo mehr dazu greifen, als er, wenn es der erſte Fall iſt, doch auch Strafloſigkeit zu erwarten hätte. Denn wie könnte man, nachdem man den erſten Frevler ungeſtraft gelaſſen hat, den zweiten ſtrafen wollen, der den Frevel nur erwiedert hat? Welche Zuſtände könnten daraus erwachſen!

Auf die prozeſſualiſchen Schwierigkeiten, die die bedingte Verurteilung mit ſich bringen würde, gehen wir hier nicht ein. Wir faſſen unſer Urteil über dieſe Einrichtung dahin zuſammen, daß deren Einführung, im Sinne der Vereinigung gedacht, eine ſchwere Schädigung unſrer Rechtspflege ſein würde. Nur durch eine Handhabung der Gerichte, die ſie auf ganz vereinzelte Fälle beſchränkte, könnte ſie einigermaßen erträglich werden. Um aber in der Hoffnung hierauf ſie einzuführen, dafür iſt die Gefahr viel zu groß.

Daß in unſrer Strafjuſtiz nicht alles vollkommen iſt, haben wir im Laufe unſrer Erörterung mehrfach anerkannt. Wir laſſen es dahingeſtellt, wie viel noch zur Verbeſſerung unſers Gefängnisweſens geſchehen könnte. Auch unſer Strafgeſetzbuch mag manche Mängel haben. Im großen und ganzen aber ſind wir der Anſicht, daß die Mängel unſrer Strafjuſtiz minder in den Geſetzen, als in den zur Ausführung berufnen Menſchen ihren Grund haben. Hätten wir lauter verſtändige Richter, ſo würde auch mit den beſtehenden Geſetzen eine das Bedürfnis in allem Weſentlichen befriedigende Strafjuſtiz geübt werden können. Die Hauptaufgabe der Rechtswiſſenſchaft liegt alſo darin, verſtändige Richter zu erziehen. Dazu braucht man aber keine „Internationale Vereinigung“ zu gründen, ſondern es iſt eine häusliche Aufgabe, an der wir alle je nach unſerm Berufe arbeiten können. Am wenigſten würde

dieſes Ziel erreicht werden, wenn wir denken müßten, daß unſre Richter in den Anſchauungen, die in dem mehrerwähnten Grenzbotenaufſatz vertreten ſind, herangebildet würden. An die Stelle ruhigen Denkens und geſunden Gefühls für Gerechtigkeit würde ſich eine phantaſtiſche Auffaſſung von den Aufgaben der Strafjuſtiz und ein Hin- und Herſchwanken von einem Extrem zum andern bei ihnen feſtſetzen. Damit würde die Rechtſprechung jeden ſichern Boden verlieren.

Die Ausbildung der Juristen

[Preußische Jahrbücher Bd. I H. 6 1882]

I

Die Frage, wie nach Eintritt der neuen Justizorganisation unsre juristische Jugend ihren Bildungsgang zu machen habe, war bereits bei Erlaß der Reichsjustizgesetze für viele eine ernste Sorge. Diese Sorge hängt damit zusammen, daß jene Gesetze, namentlich die Zivilprozeßordnung, eine eigentümliche Lücke aufweisen. Sie schweigen gänzlich über die Frage, wie die Kollegialgerichte in ihrem Innern thätig sein, ob namentlich die Akten zu einer gründlichen Vorarbeit benutzt, oder nur etwa nach der mündlichen Verhandlung zu einer „Erfrischung des Gedächtnisses" dienen sollen. Vergebens war es bei den Verhandlungen der Reichsjustizkommission, die Regierungsvertreter hierüber zu befragen. Sie schwiegen still: ohne Zweifel, weil sie selbst es nicht wußten. Auch Justizminister Leonhardt schwieg, selbst bei ausdrücklicher Aufforderung zur Äußerung, über diese Frage jederzeit sich aus. Das Gesetz sagt nur, es solle vor dem Gericht mündlich verhandelt werden; dann erlasse das Gericht das Urteil, erst mündlich, dann in schriftlicher Form. Außerdem wird nur gesagt, daß das Urteil beraten werden solle. Welche Thätigkeit aber, um das Urteil vorzubereiten, im Innern des Gerichts geübt werden soll, darüber tiefes Stillschweigen. Ja man weiß nicht einmal, wer diese Thätigkeit allenfalls zu regeln berufen sei, ob die Justizverwaltung, oder das Gericht, oder der Präsident desselben, oder ob alles vom Zufall oder dem Belieben jedes einzelnen Gerichtsmitgliedes abhänge. Von dieser

Frage hängt aber der andauernde Wert unsrer Rechtsprechung und namentlich der Wert der Schule ab, die unsre juristische Jugend fernerhin bei den Kollegialgerichten finden kann.

Das deutsche Gerichtsverfassungsgesetz bestimmt in § 2, daß das Universitätsstudium und der Vorbereitungsdienst der Juristen je drei Jahre dauern solle, daß aber den einzelnen Staaten unbenommen bleibe, diese Zeitabschnitte noch länger zu bestimmen. In dem Ausführungsgesetze vom 24. April 1878 beließ es Preußen bei der frühern Vorschrift eines dreijährigen Studiums und vierjährigen Vorbereitungsdienstes. Auch in Bayern ist die frühere Vorschrift eines Studiums von vier Jahren — darunter jedoch ein einjähriges für Philosophie — und eines dreijährigen Vorbereitungsdienstes nicht geändert. In Sachsen bestehen gleiche Bestimmungen wie in Preußen. In Baden ist das juristische Studium auf sieben Semester, der Vorbereitungsdienst auf drei Jahre bestimmt.

In der Unterstellung nun, daß durch die Mündlichkeit des Verfahrens die Kollegialgerichte als praktische Schule bereits tot seien, meldeten sich sofort zwei Erben. Schon zur Zeit der Verhandlung jener Gesetze war man von seiten der Universitätslehrer bemüht, nachzuweisen, daß fortan ein gründlicheres theoretisches Studium für unsre juristische Jugend unumgänglich nötig sei. In drei Jahren könne ein solches nicht mehr absolviert werden. Man verlangte also, namentlich für Preußen, die Einführung eines Studienzwanges von vier Jahren. Und wenn es auch zu förmlichen Anträgen in dieser Beziehung nicht kam, so wurde doch eine solche Änderung als eine wissenschaftliche Forderung aufgestellt. Andrerseits wurde die Ansicht vertreten, daß auch auf dem Gebiete des praktischen Vorbereitungsdienstes eine Änderung eintreten müsse, indem die jungen Juristen ihre Vorbildung jetzt vorzugsweise in der Beschäftigung bei Anwälten zu suchen haben. Namentlich waren es die Abgeordneten Windthorst und Lasker, die diese Ansicht in Reichstag und Landtag bei jeder Gelegenheit eifrigst zur Geltung brachten.

Die neue Organisation ist nun bereits drei Jahre in Wirksamkeit. Wie seitdem die Dinge stehen, welche Art von Ausbildung die jungen Leute namentlich bei den Gerichtshöfen erhalten, wird vielleicht zur Zeit niemand umfassend sagen können.[a] Gleichgiltig ist die Sache aber gewiß nicht.

Nachdem im preußischen Abgeordnetenhaus bereits in der Sitzung vom 1. Februar 1878 von verschiednen Seiten verschiedne Ansichten geäußert waren, ist neuerdings wieder in der Sitzung vom 6. März 1882 von dem Abgeordneten Gründler (Landgerichtsrat) die Angelegenheit zur Sprache gebracht. Jüngsthin haben auch zwei Artikel der „Essener Zeitung“ (die auch die in Berlin erscheinende „Politische Wochenschrift“ teilweise reproduziert hat) von neuem für ein vierjähriges Universitätsstudium und für die Beschäftigung der Vorbereitungsdiener beim Advokaten das Wort ergriffen. Schwerer als alle andern darin angeführten Argumente wiegt die dort ausgesprochne Versicherung, daß die preußischen Referendare bei den Gerichten „auffallend viel Muße haben“ und über „Mangel von praktischer Thätigkeit“ klagen. Sollte diese Thatsache sich bewahrheiten, so würde dieselbe allerdings zu Änderungen dringend auffordern. Die Frage aber, was in dieser Beziehung zu thun sei, führt auf jene ältern Fragen zurück, die wir hier von neuem betrachten wollen.

II

Was die Verlängerung des Universitätsstudiums betrifft, so ist ja unzweifelhaft, daß ein längeres Studium, wenn es ohne alle Opfer geschehen könnte, für einen jungen Mann manches Nützliche haben würde. Unter den Rechtslehrern unsrer Universitäten ist eine große Anzahl geistvoller Männer, deren Vorträge, auch über das Maß des Notwendigen hinaus, anregend und belehrend wirken könnten. Aber man darf doch nicht vergessen, daß ein Jahr längern Universitäts-

[a] Vergl. unten die Anmerkung [c].

besuchs dem Studierenden ein erhebliches neues Opfer auferlegen würde. Es würde dadurch das eigentliche Leben des jungen Mannes um ein ganzes Jahr zurückgeschoben werden. Zwar wollen die Universitätslehrer dieses Jahr, das sie für sich in Anspruch nehmen, dem Studierenden dadurch wieder einbringen, daß sich der Vorbereitungsdienst um ein Jahr kürzen soll. Stellt man aber diese Alternative, so nehme ich keinen Anstand (aus nachher zu entwickelnden Gründen), dem längern Vorbereitungsdienst den Vorzug zu geben.

Würde hiernach ein viertes Studienjahr den Lebensgang eines jungen Mannes um ein ganzes Jahr aufhalten, so ergiebt sich schon hieraus, daß ein Zwang zu solchem nur dann gerechtfertigt sein würde, wenn dafür eine dringende Notwendigkeit vorläge. Den Maßstab dieser Notwendigkeit aber haben wir zu entnehmen nicht von solchen, die einen großen Teil ihrer Universitätszeit vergeuden, sondern von einem fleißigen und tüchtigen jungen Mann, der seine Studienjahre benutzt. Nur wenn auch für einen solchen ein viertes Jahr durchaus notwendig wäre, würde sich eine Ausdehnung des Studienzwanges rechtfertigen.

In dieser Beziehung muß ich nun zunächst eine Ansicht aussprechen, die vielleicht etwas ketzerisch erscheinen mag. Ich möchte den Studienzwang für das juristische Studium überhaupt für einen Anachronismus halten. In Zeiten, wo es noch keine juristische Litteratur gab, mochte es notwendig erscheinen, daß die Rechtsjünger weit hinaus, selbst über die Alpen nach Bologna, zogen, um die Weisheit der Rechtswissenschaft aus dem Munde eines Lehrers entgegenzunehmen. Heute besitzen wir eine Litteratur, die es sehr wohl ermöglichen würde, daß ein junger Mann, auch ohne „Vorlesungen" gehört zu haben, sich diejenigen Kenntnisse erwürbe, die ihn zum Eintritt in die Praxis befähigten. Es ist etwas ganz andres bei Wissenschaften, die von vornherein mit einem Anschauungsunterrichte verbunden sind, wie namentlich bei der Medizin. Hier kann die lebendige Unterweisung nicht durch

tote Bücher ersetzt werden. In der Jurisprudenz beschränkt sich aber der Universitätsunterricht wesentlich auf die reine Theorie; denn auch die „Praktika," die Universitätslehrer lesen, haben meistens nur eine schattenhafte Natur. Die lebendige Anschauung vom Recht erhält der Jurist erst in der Praxis. Man wird vielleicht sagen, daß doch das lebendige Wort des Lehrers anregender wirke als der tote Buchstabe. Das mag unter Umständen sein, zumal wenn der Rechtslehrer der noch weit verbreiteten leidigen Seite des Diktierens entsagt hat. Allzu viel Gewicht ist aber darauf nicht zu legen. Ist doch der Jurist bei seinen spätern theoretischen Studien stets nur auf die Litteratur verwiesen. Es wäre sehr schlimm, wenn man daraus nichts lernen könnte. Übrigens gewährt ja auch der Aufenthalt auf einer Universität nur sehr geringe Garantie für ein wirkliches Studium. Es ist eine notorische Thatsache, daß unzählige Studierende einen mehr oder minder großen Teil ihrer Universitätsjahre verbummeln. Die einzige praktische Erprobung dessen, was jemand wirklich gelernt hat, liegt in dem Examen. Diese Erprobung würde aber dem Privatstudium gegenüber sich nicht minder wirksam erweisen.

Der Studienzwang für Juristen hat hiernach mehr in einer althergebrachten Sitte und manchen andern damit verknüpften Interessen, als in einer wirklichen innern Notwendigkeit seine Grundlage. Jene Momente werden genügen, um ihn in seinem Bestande aufrecht zu erhalten. Wenn aber für eine Erweiterung desselben agitiert wird, so lohnt es sich doch, die wirkliche Sachlage unbefangen in das Auge zu fassen.

III

Prüfen wir nun die Möglichkeit, eine theoretische Vorbildung des Juristen, auch wenn man dabei auf das Hören von Vorlesungen Gewicht legt, innerhalb dreier Jahre zu beschaffen. Man sagt, diese Zeit reiche nicht mehr aus, weil

die Rechtswiſſenſchaft ſich erweitert habe, weil eine Reihe neuer Disziplinen entſtanden ſeien u. ſ. w. Dieſe Sachdarſtellung möchte ich für nicht richtig, mindeſtens für übertrieben halten. Es iſt zwar zuzugeben, daß im heutigen Rechte manche Rechtsinſtitutionen ſehr an praktiſcher Bedeutung gewonnen haben. Handelsgeſellſchaften, Aktienrecht, Inhaberpapiere, Verſicherungsweſen und ähnliche moderne Inſtitutionen ſpielen heutzutage eine ganz andre Rolle als noch vor einem Menſchenalter. Sie bedürfen daher auch einer ſorgfältigern wiſſenſchaftlichen Darſtellung. Dafür ſind aber auch andre Inſtitutionen ſehr in den Hintergrund getreten. Lehnrecht, Reallaſten und ähnliche Schöpfungen des ältern deutſchen Rechts kommen in den meiſten Ländern kaum noch vor. Sie können daher auch wiſſenſchaftlich mehr beiſeite treten. Mit Recht hält man es heutzutage für nützlich, daß der Juriſt auch ſtaatswiſſenſchaftliche Kollegien höre, daß ihm namentlich Volkswirtſchaftslehre nicht fremd bleibe. Dafür treten aber auch andre Dinge mehr zurück, die man ſonſt dem Juriſten zu hören empfahl, z. B. philoſophiſche Kollegien. Der Juriſt, der ſeine Logik nicht mit auf die Welt gebracht hat, wird ſchwerlich darin gefördert werden dadurch, daß er ein Collegium logicum hört. Alles in allem wird hiernach das Mehr und Minder einigermaßen ſich ausgleichen. Auch eine Vermehrung der intenſiven Schwierigkeiten der Jurisprudenz wird ſich kaum behaupten laſſen. Die Grundlage des Rechtsſtudiums wird ſtets das römiſche Recht bleiben, aus dem doppelten Grunde, weil es unſrer ganzen heutigen Rechtsbildung und mehr oder minder auch unſern modernen Geſetzen zu Grunde liegt, und weil es das Recht iſt, deſſen Studium am meiſten geeignet iſt, juriſtiſch denken zu lernen. Daneben werden die Juriſten der Länder, in denen moderne Kodifikationen beſtehen, ſich mit dieſem ihrem kodifizierten Landesrechte beſchäftigen müſſen. In beiden Beziehungen iſt keine Änderung gegen früher eingetreten. Neben dieſen allgemeinen Grundlagen des Rechtsſtudiums iſt nun allerdings im Laufe des letzten Menſchenalters eine Reihe

mehr oder minder umfassender Gesetze über einzelne Rechtsmaterien ins Leben getreten. Das Staatsrecht hat in der Verfassung und den organischen Gesetzen des deutschen Reichs eine neue Grundlage gewonnen. Handels- und Wechselrecht, Strafrecht, Strafprozeß und Zivilprozeß sind kodifiziert. Auch manche andre Lehren des „deutschen Privatrechts" sind durch umfassende Reichsgesetze neu geregelt. Natürlich wollen alle diese Gesetze studiert sein. Daß aber dieses Studium schwieriger sei als das der frühern zerfahrenen Grundlagen unsrer deutschen Rechtszustände, ist kaum anzunehmen. Liegt doch der Hauptrechtsstoff, den der Studierende sich einzuprägen hat, in dem Gesetze selbst ihm vor Augen. Nur dem Gedächtnis wird mehr zugemutet. Es kann auch nicht die Aufgabe der Lehrthätigkeit sein, auf alle Einzelheiten dieser Gesetze, z. B. die daran sich knüpfenden Kontroversen, einzugehen. Vielmehr wird ihr Hauptziel nur darin bestehen, den innern geistigen Zusammenhang des Gesetzes und die den Institutionen zu Grunde liegenden Rechtsgedanken näher zu entwickeln. Die Einzelheiten des Gesetzes können im wesentlichen dem Selbststudium überlassen bleiben.

Wenn man in heutigen Kollegienverzeichnissen manches juristische Kolleg angekündigt findet, das man früher nicht darin fand, so liegt der Grund vorzugsweise darin, daß man jetzt manches trennt, was früher verbunden war. Diese Trennung wird dadurch zu einer gewissen Notwendigkeit, daß die akademischen Lehrer mitunter ihren Stoff nicht praktisch genug in die Zeit einteilen, sowie dadurch, daß die Semester immer kürzer werden. Wenn man in einem Sommersemester nur von Anfang Mai bis Anfang August wöchentlich fünf Stunden liest, so kann in einem solchen Zeitraum freilich eine umfassende Disziplin nicht gut vorgetragen werden. Es würde aber sehr hart sein, dies die Studierenden mit einem Jahr ihres Lebens büßen zu lassen.

Unzweifelhaft würden viele Studierende in der Verlängerung der Universitätszeit auf vier Jahre nur eine Aufforde-

rung erblicken, die ersten Jahre dieser Zeit um so mehr dem „freien Studentenleben“ zu widmen. Man schlägt zwar vor, dieser Gefahr dadurch entgegenzutreten, daß man das Examen um so strenger mache, auch ein nach zwei Jahren abzulegendes Zwischenexamen einführe. Es ließe sich das wohl hören, wenn nicht die Befürchtung sich daran knüpfte, daß diese vermehrten Anforderungen sich auf gar manches erstrecken würden, was die jungen Leute nur für das Examen lernen müßten, während sie es im spätern Leben nicht mehr brauchen können. Schon jetzt ist dies mitunter eine schwache Seite unsers Universitätsunterrichts.

IV

Nach dem allen vermag ich keinen Grund einzusehen, daß nicht ein fleißiger junger Mann in drei Jahren die theoretischen Grundlagen der Rechtswissenschaft sich sollte erwerben können, die ihn befähigen, in die praktische Schule einzutreten Sobald er aber jene Grundlagen sich erworben hat, halte ich es geradezu für einen wissenschaftlichen Vorteil, wenn er nicht länger bloß theoretisch sich beschäftigt. Das Wort von der „grauen Theorie“ und dem „grünen Baum des Lebens“ paßt in vollem Maße auch auf die Jurisprudenz. Es würde nicht schaden, wenn auch unsre Rechtslehrer in noch höherm Maße sich bewußt würden, daß auch die Jurisprudenz einigermaßen eine Naturwissenschaft ist; d. h. eine solche, die ihre Theorien nicht a priori, sondern an der Hand praktischer Erfahrungen sich bilden sollte. Als selbstverständlich setze ich freilich voraus, daß der junge Mann bei seinem Eintritt in die Praxis nicht etwa das wissenschaftliche Studium an den Haken hänge und nur auf dasjenige sich werfe, was man „praktische Routine“ nennt. Im Gegenteil soll er, wenn er in die Praxis kommt, erst recht anfangen zu studieren. Dann wird ihm aber, wenn er anders juristische Anlage besitzt, über das Wesen des Rechts ein ganz andres Licht aufgehen. Nur dieses in Verbindung mit der Praxis geübte Studium wird

ihn dahin bringen, daß er seinen Beruf mit Ehren ausfüllt. Unterstellen wir, die wissenschaftliche Bildung unsrer Juristen schlösse mit der Universität ab, so würde die von solchen Juristen geübte Rechtsprechung im besten Falle das nämliche werden, was bisher die Rechtsprechung der Spruchkollegien auf den Universitäten war. Man ist von dieser im Laufe des letzten Jahrhunderts mehr und mehr zurückgekommen, weil man fand, daß sie einen allzu theoretischen Charakter habe; und das deutsche Gerichtsverfassungsgesetz hat ihren letzten Resten ein Ende gemacht. Der Gegensatz, den die Rechtsprechung der ordentlichen Gerichte aufweist, beruht eben darauf, daß die Praxis, getragen von den Anschauungen des Lebens, ein *selbständiges Stück Wissenschaft* ausbildet, das die theoretischen Lehren vielfach modifiziert. Das erkennen auch die bessern Theoretiker an, indem sie in ihren Schriften auf die Rechtsbildungen der Praxis vielfach Bezug nehmen. In dieses Stück Wissenschaft soll der junge Mann sich möglichst hineinleben. Er wird damit das Studium des Partikularrechts seines Landes in Verbindung zu bringen haben. Und so wird sich eine Gesamtanschauung des Rechts in ihm heranbilden, das er dereinst praktisch anzuwenden hat. Dies ist die eigentliche Aufgabe des Vorbereitungsdienstes, nicht etwa bloß die, sich äußere Geschäftsfertigkeit zu erwerben.

V

Bei Prüfung der Frage, *wie* die Ausbildung der Juristen in der Praxis bewirkt werden solle, muß ich einen Satz voranstellen, der noch vor einem Menschenalter als eine Trivialität gegolten hätte, heute aber doch vielleicht der Erinnerung bedarf. *Der Schwerpunkt der Rechtspflege liegt in dem Richter, und nicht in den Anwälten.* Auch ein mäßig befähigter Anwalt wird, wenn er nur mit Fleiß und Sorgfalt die Thatsachen darstellt, bei einem *guten* Richter in der ungeheuern Mehrzahl der Fälle ausreichen, der

gerechten Sache zum Sieg zu verhelfen. Ist aber der Richter schlecht, so nutzt die Rechtspflege nichts, mögen die Anwälte noch so vortrefflich sein. Je schwächer der Richter und je stärker die Anwälte sind, um so mehr tritt die Gefahr ein, daß das Recht ein Spiel des Zufalls werde. Die Frage ist dann nicht mehr die, wer Recht hat, sondern wer den besten Anwalt hat. Will man also unsre Justiz gut erhalten, so gilt es vor allem, Richter zu erziehen. Die Frage ist nun die: wie erziehen wir gute Richter?

Über das Wesen der Rechtsprechung machen sich viele eine ganz irrige Vorstellung. Sie denken sich dieselbe wie eine Art Rechenexempel, indem man bestimmte Rechtsregeln, gleichsam mechanisch, zur Anwendung bringe. So ist es nicht, wenigstens nicht bei den bessern Richtern. Wer bloß mit erlernten Rechtsregeln mechanisch arbeitet, wird niemals ein guter Richter werden. Hinter der Kenntnis der Rechtsregeln muß noch etwas andres stecken, was deren richtige Anwendung leitet; das ist das lebendige Rechtsbewußtsein. Dieses geht nicht bloß aus dem Wissen hervor; nein, es ist zugleich eine Sache des Charakters. Mit Recht sagten deshalb schon die ältern Praktiker: Pectus facit Juris consultum. Dieses Rechtsbewußtsein, der innere Sinn für Gerechtigkeit ist es, was in der bessern Praxis die eigentlich treibende und belebende Kraft bildet; was dieser in vielen Fällen über die Schwächen der juristischen Theorien hinweghilft, und was das eigentliche „Recht der Praxis“ schafft. Bei unzähligen praktischen Entscheidungen fühlt man, daß sie mit durchaus unzulänglichen Theorien arbeiten; aber sie kommen doch am rechten Ziele an. Es giebt ja freilich auch in der Praxis Juristen, die niemals aus dem ungesunden Theoretisieren herauskommen. Diese sind es, deren Entscheidungen dann dem Leben oft recht wehe thun. Bei einem jungen Mann kommt es nun vor allem darauf an, jenes praktische Rechtsbewußtsein zu erwecken und zu entwickeln. Was für eine Thätigkeit ist dafür wohl am besten geeignet?

VI

Prüfen wir zunächst die neuerdings so sehr empfohlene Thätigkeit beim Anwalt.[b] Es ist ja unzweifelhaft, daß wir viele durchaus tüchtige Anwälte in Deutschland haben. Ich selbst habe vielfach Männern dieses Berufs als Freund nahe gestanden und sie zu würdigen gelernt. Auch ist es nicht minder richtig, daß man bei der anwaltlichen Thätigkeit vieles lernen kann. Der unmittelbare Verkehr mit den Parteien bringt die Lebensverhältnisse ungleich näher, als der vor den Richtern sich abspielende Anwaltsprozeß, in dem die Dinge immer schon etwas verkleidet auftreten. Auch kann man in dem ersten Aufbau des Prozesses und der geschickten Behandlung des Stoffes viel Scharfsinn aufwenden.

Was gleichwohl es nicht empfiehlt, die jungen Juristen ihre Ausbildung vorzugsweise beim Anwalt suchen zu lassen, ist Folgendes. Zunächst ist und bleibt der Anwalt doch immer nur ein Einzelner, der auch in seinem Beruf einer gewissen Einseitigkeit unterliegt. Auch selbst sehr tüchtige Anwälte werden mitunter doch nur wenig Geschick und Neigung, vor allem nicht die Zeit[1]) haben, sich der Heranbildung eines jungen Mannes besonders zu widmen; wozu auch in dem Verkehr des Einzelnen mit dem Einzelnen keine innere Nötigung liegt. Bei einer regelmäßigen Beschäftigung aller jungen Leute bei Anwälten würden jene auch nicht etwa die besonders geeigneten Anwälte sich auswählen können; sondern sie müßten Stellung nehmen, wo sie diese fänden. Wahrscheinlich würden die Anwälte vorzugsweise gesucht werden, die — wie dies schon jetzt öfters geschieht — den bei ihnen beschäftigten Referendaren ein kleines Gehalt zu

---

[b] Von dieser Empfehlung ist man zwar in neuester Zeit etwas zurückgekommen. Sie kann aber jederzeit wieder auftauchen.

1) Ein schmählicher Zeitverlust wird den Anwälten jetzt dadurch zugefügt, daß sie ganze Morgen bei Gericht zubringen müssen, um auf die mündliche Verhandlung ihrer Sache zu warten.

geben bereit wären. In solchen Fällen würde aber der Anwalt sich auch für berechtigt halten, den jungen Mann vorzugsweise in seinem eignen Interesse auszunützen. An der wichtigsten Arbeit des Anwalts, dem Vortrag in der mündlichen Verhandlung, würde ohnehin dieser in der Regel nicht teilnehmen können. Nach allem würde die Schule der Einzelnen sich außerordentlich verschieden gestalten. Ein noch weit erheblicherer Grund liegt aber in der Natur der anwaltlichen Thätigkeit selbst.

Jurisprudenz, es ist wahr, handhaben beide, Richter und Anwalt. Aber sie handhaben sie in ganz verschiedner Weise. Der Richter hat die Aufgabe, die objektive Gerechtigkeit zu vertreten. Er hat sich also bei jeder Sache zu fragen: was ist hier wirkliches Recht? Der Anwalt dagegen, dem eine Sache übertragen wird, hat sich nur die Frage zu stellen, ob die Sache von der Art, daß er das, was sein Klient als „Recht" in Anspruch nimmt, mit Anstand vertreten könne. Das ist kein willkürlich angenommner Standpunkt, sondern es liegt in dem Beruf des Anwalts. Das Gesetz will, daß jede Partei von einem Anwalt vertreten sei. Und es würde zu den größten Mißständen in der Rechtsverfolgung führen, wenn jeder Anwalt nur solche Sachen übernehmen wollte, bei denen er positiv überzeugt wäre, daß das Recht auf Seiten seines Klienten sei. Hat nun der Anwalt eine Sache übernommen, so ist es auch seine Pflicht, mit allen Mitteln für die Sache seines Klienten einzutreten und diese als wirkliches Recht darzustellen. Daß man dabei Scharfsinn und juristische Kenntnisse zur Anwendung bringen kann, ist unzweifelhaft. Es fragt sich nur, ob diese Art der Anwendung für die Heranbildung eines jungen Mannes zum Richter wirklich ersprießlich ist.

Denken wir uns, dem bei einem Anwalt beschäftigten Referendar wird eine Sache zugeteilt. Ist die Partei wirklich im Recht, so ist es gewiß eine nützliche Arbeit, wenn er dieses Recht zur lebendigen Darstellung bringt. Gesetzt aber,

die Sache ist zweifelhafter Natur. Dann hat der junge Mann nicht sich zu fragen: wie sind diese Zweifel zu lösen? nach welcher Seite hin liegt das wirkliche Recht? — sondern er hat lediglich die Aufgabe, die Zweifel nach der einen Seite hin niederzukämpfen, um so die andre Seite als Recht erscheinen zu lassen. Hierin liegt zunächst eine Gefährdung seiner intellektuellen Integrität. Denn wenn man einmal in eine Ansicht sich hineinarbeitet, so verliert man sich, mag diese auch noch so irrig sein, nur allzu leicht darin, ohne wieder heraus zu können. Der junge Mann gewöhnt sich also daran, je nach Umständen falsche Rechtsansichten sich zu bilden, die ihn dann mehr oder minder andauernd beherrschen. Aber weiter gesetzt, die Sache ist von der Art, daß der junge Mann nicht einmal über die Zweifel hinwegkommt; daß er sich vielmehr sagen muß: das, was du vertreten sollst, ist Unrecht: so muß er dennoch es thun. Er muß alle Gründe aufsuchen, um das erkannte Unrecht als Recht erscheinen zu lassen. Auch hierin liegt eine Anwendung der Jurisprudenz, aber eine durchaus nachteilige. Der junge Mann gefährdet dadurch seine moralische Integrität. Er gewöhnt sich daran, lediglich um des Zwecks willen gegen seine Überzeugung zu reden. Daß diese Art der Thätigkeit nicht geeignet ist, ein lebendiges Rechtsbewußtsein heranzubilden, liegt auf der Hand. Ein Bäumchen, das man bald links, bald rechts biegt, wächst nicht gesund in die Höhe. Ein junger Mann kann auf diese Weise wohl Gewandtheit und ähnliche Eigenschaften sich aneignen. Diese sind aber nicht geeignet, einen künftigen Richter zu bilden. — Gleichwohl kann man anerkennen, daß es für einen jungen Mann recht nützlich ist, auch einmal die anwaltliche Thätigkeit kennen zu lernen, schon um den Gegensatz zu würdigen, in dem sie zu der richterlichen Thätigkeit steht. Dazu bedarf es aber keiner langen Zeit. Eine längere Beschäftigung in dieser Thätigkeit kann für den, dessen intellektuelle und Charaktereigenschaften erst in der Bildung begriffen sind, geradezu gefährlich werden.

VII

Werden wir hiernach die richtige Schule für den künftigen Richter nicht bei den Anwälten, sondern bei den Gerichten zu suchen haben, so fragt es sich wiederum: sollen wir dem Amtsgericht oder den Kollegialgerichten den Vorzug geben?

Manche glauben, in dem gegenwärtigen Verfahren vorzugsweise das Amtsgericht empfehlen zu müssen. Ohne Zweifel findet sich beim Amtsgericht vieles, was den Kollegialgerichten ferner liegt, was aber gleichwohl der Jurist zu seiner Ausbildung kennen lernen muß. Freiwillige Gerichtsbarkeit, Vormundschaftswesen, manche Partien des Strafrechts, die Geschäfte der Vollziehungsinstanz sind Dinge, die nur bei dem Amtsgericht praktisch geübt werden können. Besonders nützlich für den angehenden Juristen kann auch die Leitung der Zivilprozesse werden, in denen die Parteien selbst auftreten. Der unmittelbare Verkehr mit diesen gewährt, wie schon oben bemerkt wurde, einen viel tiefern Einblick in die wirklichen Lebensverhältnisse; und der Aufbau des Rechts unmittelbar aus diesen heraus, auch vom richterlichen Standpunkt aus, wirkt stets lehrreich. Andrerseits trägt aber die Beschäftigung beim Amtsgericht auch minder Vorteilhaftes in sich. Zunächst kommt auch hier wieder in Betracht, daß der Amtsrichter ein Einzelner ist, und deshalb sehr viel davon abhängt, inwieweit er Fähigkeit, Neigung und Geschick hat, auf die Ausbildung der bei ihm beschäftigten Arbeiter günstig zu wirken. Sodann lasten auf dem Amtsgericht eine Menge mehr mechanischer Geschäfte, Protokollführung, Eintragungen u. s. w. Auch diese mag der junge Mann kennen lernen. Aber es liegt die Gefahr nahe, daß seine Kräfte in dieser Richtung allzusehr ausgenutzt werden. Jedenfalls wird man annehmen dürfen, daß bei den Amtsgerichten der gesamte Geschäftsbetrieb einen minder wissenschaftlichen Charakter hat als bei den höhern Gerichten. Deshalb dürfte es auch nicht wohlgethan

sein, den Vorbereitungsdiener zu allererst bei einem Amtsgericht eintreten zu lassen. Der Gegensatz zu der theoretischen Beschäftigung auf der Universität ist zu groß. Vielmehr würde die Thätigkeit bei einem Amtsgerichte mit größerm Nutzen in eine spätere Zeit des Vorbereitungsdienstes verlegt werden.

Hiernach nehme ich keinen Anstand, im Prinzip die Ansicht zu vertreten, daß die Kollegialgerichte die beste Schule für den angehenden Juristen abzugeben imstande seien. Aber freilich wird hierbei sehr viel davon abhängen, wie zur Zeit innerhalb der Kollegialgerichte gearbeitet wird; welchen Einfluß namentlich die Mündlichkeit der Verhandlung auf die innere Thätigkeit des Gerichts geübt hat.

VIII

Die erste und wichtigste Frage in dieser Beziehung ist die bereits im Eingange angedeutete: wie wird das auf die mündliche Verhandlung zu erlassende Urteil vorbereitet? Wie werden namentlich dazu die vorbereitenden Schriften und die eingezognen Akten der Vorinstanz benutzt? Denken wir uns, daß diese Aktenstücke bis zur mündlichen Verhandlung beiseite gelegt oder nur etwa dem Vorsitzenden zugestellt würden, um sich für die „Leitung der Verhandlung" vorzubereiten: dann würde sich allerdings die „Mündlichkeit" in voller Reinheit wirksam erweisen. D. h., wenn mündlich verhandelt würde, wüßte niemand innerhalb des Gerichts etwas von der Sache, und That- und Rechtsfragen wären den Mitgliedern ganz neu. Ohne Zweifel denken sich viele das Wesen der Mündlichkeit in dieser Art und legen Wert darauf, daß das Urteil aus einer Art Begeisterung, die unmittelbar aus der mündlichen Verhandlung sich entwickle, hervorgehe. Bei den Beratungen der Reichsjustizkommission wurde sogar von einigen (fortschrittlichen) Mitgliedern wiederholt der Antrag gestellt, den § 124 der Z.-P.-O. (Einreichung der Schriftstücke bei Gericht) ganz zu streichen, d. h. dem Gericht jedes Mittel

zu entziehen, vor der mündlichen Verhandlung sich mit der Sache zu beschäftigen. Mit dieser Auffassung der Mündlichkeit hängt dann auch die Ansicht zusammen, die die praktische Schule bei den Kollegialgerichten zur Zeit für verloren erachtet. — Geht aber das Gericht ununterrichtet in die mündliche Verhandlung hinein, so wird es oft auch ebenso ununterrichtet wieder herauskommen. Bei vielen unsrer Prozesse sind die thatsächlichen Verhältnisse so verwickelt, daß sie nur sehr schwer und mittelst sorgfältigen Studiums in ihrem Zusammenhang zu erfassen sind. Und sehr viele Rechtsfragen unsers heutigen Lebens sind von der Art, daß kein Richter sich vermessen wird, die Antwort darauf gleichsam aus dem Ärmel zu schütteln. Die bloße Einsicht der Akten durch den Vorsitzenden reicht nicht aus, schon deshalb, weil er mit allen Sachen sich zu beschäftigen hat, diese umfassende Beschäftigung aber eine gründliche Beschäftigung mit jeder einzelnen Sache unmöglich macht. Auch würde die alleinige Beherrschung des Aktenstoffes dem Vorsitzenden ein Übergewicht geben, das vollends die Kollegialität vernichten würde. Hat also kein Mitglied des Gerichts vor der mündlichen Verhandlung die Akten gründlich gelesen, sich die Thatsachen zurechtgelegt und die Rechtsfragen vorbereitet, so wird in allen schwierigen Sachen das Gericht im Beratungszimmer ratlos dasitzen; und das Urteil ist dann nur noch ein Spiel des Zufalls. Der Richter würde sich mehr und mehr eines gründlichen und soliden Arbeitens entwöhnen. Ein tüchtig gebildeter Nachwuchs von Juristen könnte nicht herangezogen werden. Und nach einigen Jahrzehnten würde der Wert unsrer Rechtsprechung tief gesunken sein.

Eine gediegne Rechtspflege kann nur aufrecht erhalten werden, wenn die Akten dazu benutzt werden, daß sie ein Mitglied vor der Verhandlung liest und eine schriftliche Vorarbeit liefert. Diese wird dann auch zweckmäßig dem Vorsitzenden, als Beihilfe zu seiner Prüfung der Sache, zugestellt werden. Wird so gearbeitet, dann ist für Beratung

der Sache eine faßbare Grundlage gewonnen. Daß hierdurch die „Mündlichkeit“ an Bedeutung verliere, können nur solche beklagen, die die Mündlichkeit nicht als Mittel für Erzielung einer guten Entscheidung, sondern als Selbstzweck des Prozesses betrachten. Überdies ist es ja durchaus unwahr, wenn man thut, als ob die mündliche Verhandlung etwas ganz andres sei, als der Inhalt der Schriften. Auch die mündliche Verhandlung bringt nur Worte, die keinen andern Sinn haben, als geschriebne. Und welchen vernünftigen Grund könnten Anwälte haben, in ihren Schriften etwas ganz andres niederzulegen, als was sie nachher plädieren wollen? In der großen Mehrzahl der Fälle reproduziert die mündliche Verhandlung nur den Inhalt der Schriften und fügt nur etwa noch Erläuterungen, Ergänzungen oder Berichtigungen hinzu. Die Berücksichtigung dieser aber wird nicht ausgeschlossen durch ein gründliches Studium der Schriften; im Gegenteil, sie werden dadurch erst recht verständlich. Nur dann, wenn etwa die Anwälte es vorgezogen hätten, keine ausreichenden Schriften zu erstatten, würde eine Vorarbeit der gedachten Art unmöglich sein. Dann hätten aber auch die Anwälte sich selbst zuzuschreiben, wenn sie schlechte Erkenntnisse bekämen.

Wie zur Zeit innerhalb der verschiednen deutschen Gerichtshöfe gearbeitet wird, weiß wohl niemand zu sagen Auch beim Reichsgericht hat man sich nicht entschließen können, bei Erlaß der „Geschäftsordnung“ zu der Frage eine offne Stellung zu nehmen. Es wird darin (§ 8) nur gesagt, der Vorsitzende „könne“ zur Vorbereitung der Verhandlung und Beratung einen Berichterstatter ernennen. Es geschieht dies aber, soviel mir bekannt, immer; und die „Vorbereitung“ wird bewirkt durch eine schriftliche Arbeit des Berichterstatters. Auch bei den meisten übrigen Gerichten, deren Vorsitzende und Mitglieder an ein solides Arbeiten von früher her gewöhnt sind, wird wohl in gleicher Weise verfahren werden. Es verlautet jedoch, daß es auch bereits Gerichte giebt, die

ohne Vorarbeit, lediglich auf Grund des aus der mündlichen Verhandlung gewonnenen „Eindrucks," ihr Urteil in die Welt setzen. Das ist natürlich weit bequemer. Das Schlimme des neuen Prozeßverfahrens liegt überhaupt weniger in dem, was es unmittelbar vorschreibt, als vielmehr darin, daß es alle schlechtern Elemente, die die Justiz in sich trägt, entfesselt. Je mehr diese die Oberhand gewinnen, um so mehr muß natürlich die Justiz entarten.

Es wäre in der That recht wünschenswert, wenn man wenigstens einmal erführe, wie es innerhalb der Gerichtshöfe zur Zeit hergeht; ob die Urteile noch das Werk gründlicher Vorarbeit oder nur augenblicklicher Improvisation sind; ob dort noch geschrieben oder nur geredet wird. Schon allein das Interesse für die Bildung unsrer Jugend dürfte es für die Justizverwaltungen zur Pflicht machen, sich um die Frage zu kümmern.[c]

Wird nämlich in dem Gerichtshofe noch in der vorgedachten Weise schriftlich vorgearbeitet, dann ist es möglich, an diesen Vorarbeiten auch die Referendare teilnehmen zu lassen. Solche schriftliche, aus dem selbständigen Denken hervorgegangne Arbeiten sind aber für deren tüchtige Ausbildung durchaus notwendig. Mag man immerhin die Redekunst, die nun einmal die herrschende des Tages ist, üben; sie bleibt doch stets insofern eine gefährliche, als sie leicht zur Verflachung führt. Der Schrift gegenüber kann man sich nichts weis machen. Erst wenn man die Gedanken schriftlich niederlegt, gelangt man zur vollen Klarheit. Tritt dann der schriftlichen Arbeit des Referendars die Arbeit des

---

[c] Daß dies von seiten der Justizverwaltungen geschehen sei, ist nicht bekannt geworden. Aber von verschiednen Seiten sind Privatumfragen veranstaltet worden, die ergeben haben, daß in der Behandlung der Sachen im Innern des Gerichts ein wirres Durcheinander bei den deutschen Gerichten stattfindet. Darnach läßt sich über die Frage, ob und inwieweit die im Vorbereitungsdienst Stehenden noch eine genügende Schule bei den Gerichten finden, gar nicht allgemein urteilen.

ſtimmführenden Richters — das Korreferat — hinzu, und läßt dieſer ſich angelegen ſein, einigermaßen, ſei es ſchriftlich oder auch nur mündlich, auf die Vorarbeit des Referendars einzugehen, ſo liegt hierin eine Schule für den jungen Mann, die äußerſt bildend zu wirken vermag.

IX

Eine zweite Frage, die den Wert eines Kollegialgerichts für die Heranbildung der jungen Leute beſtimmt, betrifft die Art und Weiſe, wie ſich bei den Beratungen des Kollegs die Diskuſſion geſtaltet. In dieſer Beziehung hängt freilich alles von den Perſönlichkeiten ab. Denken wir uns ein Kolleg, deſſen Mitglieder genügend geiſtig begabt und regſam ſind, um die verhandelten Sachen und die Anträge des Referenten zum Gegenſtand einer eingehenden Beſprechung zu machen, bei der obwaltende Zweifel erörtert, vielleicht auch abweichende Anſichten aufgeſtellt und begründet werden, ſo iſt ſchon das Zuhören bei dieſem geiſtigen Prozeß, aus dem das Urteil hervorgeht, für einen jungen Mann höchſt bildend. Es wird es aber noch mehr, wenn ihm geſtattet wird, in den von ihm bearbeiteten Sachen auch ſelbſt einigermaßen an der Beſprechung ſich zu beteiligen. Denken wir uns dagegen ein Kolleg, in dem kein Mitglied imſtande iſt oder Luſt hat, ſelbſtändig eine Anſicht zu vertreten, wo vielleicht der Vorſitzende nur auf Abthun der Sachen bedacht iſt, und der Referendar kaum mit der erſten Begründung ſeiner Anſicht angehört wird, wenn er aber nochmals den Mund aufthun will, ein Anſchnauzen von dem Vorſitzenden zu gewärtigen hat: dann iſt freilich aus einem ſolchen Kolleg wenig Bildungsſtoff zu entnehmen.

Endlich kann noch als eine bildende Arbeit der Entwurf der Urteile nach den gefaßten Beſchlüſſen angeſehen werden. Auch hierbei wird wenigſtens geſchrieben. Iſt die Arbeit auch nicht ſo geiſtig fruchtbringend, wie das aus eigner Denkthätigkeit hervorgehende Schreiben, ſo kann man

doch daran lernen, thatsächlichen Stoff und gegebne Rechtsgedanken präzis darzustellen. Namentlich ist die Aufstellung eines selbständigen „Thatbestandes“ eine sehr schwierige und höchst verantwortliche Arbeit. Aber auch bei dieser Übung der Vorbereitungsdiener hängt sehr viel davon ab, wie die Mitglieder selbst arbeiten. Bei vielen Gerichten gilt die Abfassung des Urteils als eine Domäne des Referenten, um die sich die übrigen Mitglieder nicht kümmern. Dieser ergeht sich darin ganz nach Herzensneigung. Und so entstehen oft Urteile, die man fast als salopp bezeichnen möchte. In solcher Schule kann natürlich auch der Referendar nichts lernen.

Verhängnisvoll auf den ganzen Geschäftsbetrieb vieler Landgerichte und vielleicht auch mancher Oberlandesgerichte wirkt aber noch der Umstand, daß sie, zumal in Verhältnis zu den Schwierigkeiten, die die mündliche Verhandlung in sich trägt, mit Sachen überlastet sind. In der wohlbegründeten Sorge, irgend etwas zu versäumen, müssen die Anwälte alles mögliche vortragen, was früher schon in dem Referate des Richters eine sachgemäße Sichtung fand. Manches muß auch verhandelt werden, nur um den „Thatbestand“ für die etwa zu beschreitende höhere Instanz darzustellen, während vielleicht das Gericht, vor dem verhandelt wird, es für ganz überflüssig hält. Bei jeder weitern Verhandlung in der nämlichen Sache muß die ganze Verhandlung von neuem beginnen. Wenn dann nach solchen ermüdenden Verhandlungen das Gericht in das Beratungszimmer tritt, so wird es oft wenig Neigung haben, auch noch den Vortrag eines Referendars mit Aufmerksamkeit entgegenzunehmen, sondern nur auf ein schnelles Abthun der Sache erpicht sein. Ob es der Praxis im Laufe der Zeit gelingen wird, diese Mißstände zu überwinden, darüber wage ich kein Urteil. Der Überlastung der Landgerichte mit Sachen könnte aber durch eine Ausdehnung der amtsgerichtlichen Zuständigkeit, die vielleicht unbedenklich wäre, begegnet werden.

Je nach der Art nun, wie man in den hier geschilderten

Beziehungen die innere Thätigkeit der Landgerichte sich denkt, kann man allerdings zu dem Zweifel gelangen, ob die an sich vorzüglichere Schule, die die Kollegialität den Anfängern zu gewähren vermag, in Wirklichkeit bei den Landgerichten gegeben sei, und ob nicht die Amtsgerichte, wo der junge Mann doch wenigstens zureichende Beschäftigung findet, gleichwertig seien oder gar den Vorzug verdienen. Das, was die Landgerichte nicht leisten, sind auch nicht etwa die Oberlandesgerichte zu decken imstande, da bei diesen doch immer nur eine kleine Zahl von Referendaren gleichzeitig Beschäftigung finden kann. Auch liegt vielleicht für den Wert der Amtsgerichte als Fortbildungsschule ein Unterschied zwischen den einzelnen Landesteilen. Da, wo die Amtsgerichte nur mit einem Richter besetzt sind, ist der bei einem solchen Amtsgericht beschäftigte junge Mann mit der Frage seiner Ausbildung nur auf zwei Augen gestellt. In denjenigen Provinzen dagegen, wo die Amtsgerichte mit einer größern Anzahl Richtern besetzt sind, darf der Referendar aus der wechselnden Berührung mit diesen allen wohl auf eine umfassendere Ausbildung hoffen.

X

[Hier war in dem ursprünglichen Aufsatze die Beschäftigung der Referendare besprochen, wie sie in Preußen durch die Erlasse vom 22. August 1879 und vom 20. März 1880 geordnet war. Seitdem sind diese Erlasse durch das Regulativ vom 1. Mai 1883 ersetzt worden. Darnach sollen die Referendare in folgender Weise beschäftigt werden: zuerst 9 Monate bei einem Amtsgericht, das nicht mehr als drei Richter hat; sodann 12 Monate bei einem Landgericht; 4 Monate bei der Staatsanwaltschaft, 6 Monate bei einem Rechtsanwalt; dann nochmals 9 Monate bei einem Amtsgericht und schließlich 6 Monate bei einem Oberlandesgericht. Abweichungen können vom Präsidenten des Oberlandesgerichts zugelassen werden, zum Teil jedoch nur mit Genehmigung

des Justizministers. Über den innern Wert dieser Ordnung läßt sich aus dem in der Anmerkung [c] angeführten Grunde nicht urteilen. Es wird alles darauf ankommen, wie bei den einzelnen Amtsgerichten* und Landgerichten gearbeitet wird. In neuerer Zeit hat wiederholt der Vorsitzende der Justizprüfungskommission darüber geklagt, daß die Referendare nicht in genügender Ausbildung zur Prüfung kommen.]

XI

Nach durchlaufnem Vorbereitungsdienst entscheidet über die Befähigung des Referendars zum Richteramt und zur Anwaltschaft das von ihm abzulegende „große Examen," für das ebenfalls in dem Regulativ vom 22. August 1879 nähere Bestimmungen getroffen sind.[d] Darnach werden zwei schriftliche Probearbeiten von dem Referendar gefordert, und wird dann eine mündliche Prüfung mit ihm angestellt. Ich kann nicht umhin, dem Zweifel Ausdruck zu geben, ob nicht auch diese Prüfung eher nachteilig als günstig auf die Ausbildung wirkt. Durch diese werden die jungen Leute genötigt, eine Unsumme von Gedächtniskram sich einzuprägen, den sie doch bald wieder vergessen; während sie über das viele Auswendiglernen ihre praktische Schulung vernachlässigen. Ohnehin wird ein solches Examen doch stets ein Würfelspiel bleiben; da auch die Paradepferde der schriftlichen Arbeiten, für die es augenscheinlich schwer hält, geeignete Themata zu finden, keinen sichern Maßstab abgeben. Zwar hat auch in dieser Beziehung der Erlaß vom 20. März 1880 eine Verbesserung dahin getroffen, daß zugleich der Referendar sechs während des Vorbereitungsdienstes von ihm angefertigte schriftliche Arbeiten einreichen soll. Aber sind wohl die Examinatoren bei ihrem äußerst mühevollen Geschäft imstande, neben den

[d] Auch die hier besprochnen Bestimmungen sind durch die Vorschriften des Regulativs vom 1. Mai 1883 ersetzt. Der Sache nach sind aber die Anordnungen im wesentlichen dieselben geblieben.

oft recht umfassenden Probearbeiten auch noch diese frühern Arbeiten zu prüfen? — Es sei gestattet, hier Erfahrungen mitzuteilen, die ich früher auf diesem Gebiete zu machen Gelegenheit gehabt.

In dem vormaligen Kurhessen bestand kein zweites Examen. Die Befähigung der Referendare, die bei einem Obergerichte beschäftigt gewesen, wurde durch Plenarbeschluß dieses Gerichts nach Maßgabe der aus ihren praktischen Arbeiten gewonnenen Erfahrung festgestellt. Von den bei den Untergerichten beschäftigten Praktikanten aber wurden praktische Arbeiten in größerer Zahl eingezogen und von einer bei den Obergerichten bestehenden Kommission geprüft. Ich möchte glauben, daß auf diese Weise ein weit zuverlässigeres Ergebnis gewonnen wurde als durch ein Examen. Dabei galt übrigens die Befähigung zum Richteramte als eine besondre, für die mehr gefordert wurde, als für die Befähigung zur Anwaltschaft. Hierdurch, sowie weiter dadurch, daß noch minder befähigte Juristen in die Stelle der Gerichtssekretäre einrückten, wurde dem Richterstand eine hervorragende geistige Bedeutung gesichert. Und diesem Umstande ist es vorzugsweise beizumessen, wenn die kurhessische Rechtspflege, wie wohl unter den ältern Juristen Deutschlands allgemein anerkannt ist, eine verhältnismäßig hohe Stellung einnahm. Nun mögen Einrichtungen dieser Art innerhalb größerer Gerichte und in einem großen Staat unthunlich sein. Für letztern muß man das Bedürfnis anerkennen, daß einheitliche Grundsätze bei Zuerkennung der Befähigung gewahrt werden. Ob es aber nicht im Interesse der Ausbildung der jungen Leute läge, wenn man statt der schriftlichen Probearbeiten lediglich die im letzten Jahre bei Gericht gelieferten praktischen Arbeiten derselben der Prüfung einer einheitlichen Kommission unterwürfe, die mündliche Prüfung aber auf den — auch jetzt schon vorgeschriebnen — Vortrag aus einer kurz vorher zugestellten Akte beschränkte, wobei man über diese Vorträge eine Art kollegialischer Diskussion unter den gleichzeitig Exa-

minierten veranlaſſen könnte: das wäre eine Frage, die ſich vielleicht ſtellen ließe. Es würde das jedenfalls die Folge haben, daß die jungen Männer ſich in ihrem Dienſt andauernd Mühe gäben; und dadurch würden ſie etwas lernen. Auch kommt es für den Wert eines Arbeiters weniger darauf an, wie er arbeiten kann, als wie er zu arbeiten pflegt.

Bleibt die praktiſche Schule, die bis zum neuen Verfahren unſre Vorbereitungsdiener bei den Gerichten fanden, ihnen erhalten, dann iſt ein vierjähriger Zeitraum für die Dauer dieſer Schule keineswegs zu lang. Sollte ſie aber wirklich verloren ſein, ſo würde weder ein weiteres Studienjahr, noch die Eröffnung von Anwaltsſchulen einen Erſatz dafür bieten. Vielmehr würde unſre Rechtſprechung ihrem unvermeidlichen Niedergang entgegen gehen. Dann könnte man in der That zu der Frage gelangen, ob es nicht beſſer ſei, den ganzen koſtſpieligen Kram der gelehrten Jurisprudenz über Bord zu werfen und ſich dem modernen Gottesurteil der Laienjuſtiz zu überlaſſen, wie dies ja in den wichtigſten Straffachen ſchon geſchehen iſt. Denn wie in vielen Lebenskreiſen, ſind auch in der Juriſterei die Menſchen von halber Bildung die gefährlichſten.

XII

Das Streben, das die Hauptbildungsſchule für unſre juriſtiſche Jugend in die Thätigkeit bei dem Anwalt verlegen will, hängt genau zuſammen mit dem Streben, die Advokatur überhaupt zum Ausgangspunkt unſers Rechts- und Staatslebens zu machen. Als Herr Windthorſt in der Sitzung des preußiſchen Abgeordnetenhauſes vom 1. Februar 1878 (und ebenſo in der vom 6. März 1882) die Advokatenſchule empfahl, fügte er ſofort hinzu: „Ich bin der Meinung, daß, wenn wir tüchtige Juriſten und Richter haben wollen, die ſämtlichen Richter aus dem Advokatenſtande zu ernennen wären.“ Ähnliche Äußerungen ſind ſchon öfters im Reichs- und Landtage gefallen. Mit dieſem Streben hängt es zu-

nächst zusammen, wenn das preußische Gesetz vom 6. Mai 1869 und ebenso die Rechtsanwaltsordnung des Reichs vom 1. Juli 1878 für die Befähigung zur Anwaltschaft gleiche Befähigung wie zum Richteramt fordert, während aus der Natur der Sache ein solches Bedürfnis sich nicht ergiebt. In gleichem Maße, wie dadurch die Anwaltschaft gehoben wird, wird das Richteramt herabgedrückt. Denn wenn man so viele „Befähigte" auffinden muß, als zum Richter- und Anwaltstande nötig sind, so muß man natürlich mit den Ansprüchen an das Maß der Befähigung weit tiefer herabgehen. Es hängt ferner damit zusammen die überaus freie Stellung, die die Zivilprozeßordnung den Anwälten einräumt. So wie man wohl scherzweise die russische Staatsverfassung bezeichnet hat als „den Despotismus, moderiert durch den Meuchelmord," so könnte man den modernen Zivilprozeß bezeichnen als „die Allmacht des Anwalts, moderiert durch die Willkür des Richters." Es hängt endlich damit zusammen die enorm hohe Bestimmung der Anwaltsgebühren durch das Reichsgesetz — gleichfalls von dem Abgeordneten Windthorst eifrig befürwortet. Ohne Zweifel hat diese einen wesentlichen Anteil an dem schon jetzt eingetretenen übermäßigen Andrang zum juristischen Studium. Sie verleitet manchen jungen Mann, dessen Kräfte weit nützlicher für die Rechtspflege im Richterstande verwertet werden würden, den Anwaltsberuf zu ergreifen; während sie andrerseits, in Verbindung mit den nicht minder hohen Gerichtskosten, die Rechtsverfolgung zu einem Privileg der Reichen macht. — Ist es denn nun wirklich wünschenswert, daß die Advokatur in der angestrebten Weise unserm ganzen Rechts- und Staatsleben zu Grunde gelegt werde?

Man darf annehmen, daß für einen gereiftern, selbständig gewordnen Mann die anwaltliche Thätigkeit nicht in gleichem Maße Gefahren in sich birgt, wie für einen noch in der Entwicklung begriffnen. Gleichwohl ist es für den, der lange Zeit diesem Beruf obliegt, sehr schwer, sich dessen

Einwirkungen vollkommen zu entziehen. Die Grenze desjenigen, was man mit Anstand vertreten kann und was nicht, ist eine sehr zarte, leicht täuschende. Es liegt ein eigentümlicher Reiz darin, mittelst der eignen geistigen Kraft etwas als Recht durchzusetzen, auch auf die Gefahr hin, daß es vielleicht Nichtrecht sei. Selbst die öffentliche Stimme unterstützt mitunter diese Richtung, wenn sie z. B. laut anpreist, wie ein Angeklagter, an dessen Schuld nicht zu zweifeln ist, durch die Geschicklichkeit seines Anwalts der Strafe entgangen sei. Auch die Fehler der Gerichte, die den Anwalt da, wo er sich bewußt ist, wirkliches Recht vertreten zu haben, so nahe berühren, sind nicht geeignet, den lebendigen Sinn für den Gegensatz von Recht und Unrecht bei ihm wach zu erhalten. Wenn in dem einen Falle das von ihm vertretene Recht hat unterliegen müssen: warum sollte nicht in dem andern Falle auch einmal das von ihm vertretene Unrecht obsiegen? Jedenfalls ist es Thatsache, daß im deutschen Reiche auch viele recht schlechte Prozesse geführt werden, und daß in diesen auch die schlechte Sache nicht unvertreten bleibt. In Hinblick auf diese Gefahren des Anwaltsberufs müssen wir einem Manne, der in diesem seine volle geistige Integrität sich bewahrt hat, ohne Zweifel weit höhere Achtung zollen, als jedem andern, dessen Beruf Gefahren dieser Art nicht in sich trägt. Andrerseits kann es aber auch nicht als ein Vorwurf gegen die Person der Anwälte gelten, wenn man offen ausspricht, daß nicht alle Anwälte den Gefahren ihres Berufs in vollem Maße Widerstand leisten; daß sie vielmehr in ihrer einseitigen Thätigkeit leichter als andre einseitig und befangen werden. Und hierin liegt der Grund für die in Richterkollegien vielfach gemachte Erfahrung, daß solche, die lange Zeit hindurch Anwalt gewesen, nur selten noch gute Richter werden, weil es ihnen zu schwer wird, auf den Standpunkt objektiver Erkenntnis des Rechts sich zurückzuversetzen. Umgekehrt wird aber auch ein langjähriger Richter nur schwer in den Anwaltsberuf sich hineinfinden.

XIII

Man kann die ausgebildete Geistesrichtung, die die Rechtswissenschaft nur als Mittel behandelt, nicht um das wirkliche Recht zu finden, sondern um beliebige Zwecke zu vertreten, Advokatismus nennen. Man würde jedoch irren, wenn man die Schule dieser Geistesrichtung nur in den Verhandlungen vor den Gerichten suchen wollte. Sie ist auch in andern Kreisen unsers Staatslebens zu finden. So namentlich in den Parlamenten. Das Parteiwesen in diesen erfordert gewandte Kämpen, die auch in der Wahl ihrer Mittel nicht allzu bedenklich sein dürfen. So laufen die Parteiführer stets Gefahr, dem Advokatismus zu verfallen. Nicht minder aber erzeugt die Natur der parlamentarischen Kämpfe diese Gefahr auch auf der andern Seite. Man erzählt von einem verstorbnen Minister, daß, als einstmals wider eine von ihm beabsichtigte Maßregel sein Justitiar rechtliche Bedenken erhoben, er voll Entrüstung ausgerufen habe: „Wozu habe ich denn meinen Justitiar? Doch nicht dazu, daß er mir da, wo ich keine Bedenken habe, mir solche entgegensetzt; sondern nur dazu, daß er da, wo ich selbst rechtliche Bedenken habe, mir solche ausredet.“ Diese Erzählung bezeugt, in welchem Sinne mitunter Minister den Dienst der Rechtswissenschaft in Anspruch nehmen. Demgemäß pflegen auch die Räte beauftragt zu werden, die Regierungsvorlagen in den Parlamenten und deren Kommissionen unbedingt zu vertreten. Und je größer die Hingebung ist, mit der sie dieser, nicht immer ganz staatsmännischen, Aufgabe sich unterziehen, um so mehr verfallen sie der Gefahr des Advokatismus; eine Richtung, die sie dann mitunter auch nicht verläßt, wenn sie in selbständige höhere Stellungen einrücken.

Man beruft sich dafür, daß Richteramt und Staatsdienst sich vorzugsweise aus der Advokatur rekrutieren sollen, auf das Beispiel von England und Frankreich. Man sollte doch endlich aufhören, die Einrichtungen dieser Länder uns

als durchaus nachahmungswert zu preiſen. Was von dort zu uns gekommen iſt, hat noch wenig gute Früchte getragen. Wenn England ein „freies und glückliches Land“ iſt, ſo iſt es das durch den Reichtum ſeiner Erwerbsverhältniſſe, nicht durch die Güte ſeiner innern Einrichtungen. Dieſe Einrichtungen ſind zum großen Teil von der Art, daß ſie für uns ganz unerträglich ſein würden. Wie man über die dortige Rechtspflege denkt, erfahren wir ſchon aus den engliſchen Romanen, die ſich in Spott und Verachtung wider dieſe ergießen. Dazu kommen die unerſchwinglichen Koſten, worin freilich das deutſche Reich jetzt mit England wetteifert. Auch die engliſchen Staatsmänner werden uns heutzutage wohl nicht mehr als Ideale erſcheinen. — In Frankreich hängt die Stellung der Advokatur damit zuſammen, daß überhaupt der Staatsdienſt dort keine feſte Stellung hat; daß bei jedem Syſtemwechſel zahlreiche Beamte entlaſſen und durch andre erſetzt werden. Da bildet die Advokatur gleichſam das Depot, aus dem man die erforderliche neue Garnitur von Beamten nimmt, und in das die verbrauchten wieder zurückkehren. Demnach wird auch der Richterſtand vielfach aus ihr ergänzt. Welches Anſehen aber die franzöſiſche Juſtiz genießt, dafür zeugen am beſten die neuerdings offiziell hervorgetretenen Beſtrebungen, die Richter für frei entlaßbar zu erklären und in Zukunft aus Wahlen hervorgehen zu laſſen. Eine tiefere Entwürdigung des Richterſtandes iſt kaum zu denken. Was die aus der Advokatur hervorgegangnen Staatsmänner betrifft, ſo hat Frankreich in der Perſon des zeitigen Präſidenten der Republik allerdings einen ſolchen gewonnen, der die Objektivität der Anſchauungen auch in ſeinem frühern Anwaltsberufe ſich bewahrt zu haben ſcheint. Andre Staatsmänner dieſer Art, die Ledru-Rollin, Emil Ollivier, Jules Favre, Gambetta und wie ſie alle heißen, haben bisher Frankreich kein ſonderliches Glück gebracht.

Wie in Deutſchland die Verhältniſſe ſich geſtalten werden,

wenn einmal die Augen des Mannes sich geschlossen haben, dessen mächtige Persönlichkeit jetzt die Geschicke des Reichs zusammen hält — wer vermöchte das zu sagen? Möglich, daß wir dann vollends dem Advokatismus der Parteiführer verfallen. Ein Glück für Deutschland würde schwerlich darin liegen.

Der Wert der Präjudizien

[Von zwei Mitarbeitern der „Grenzboten" waren an diese Zeitschrift Aufsätze gelangt, die sich über den Wert der Präjudizien, insbesondre der Urteile des Reichsgerichts, in verschiednem Sinne aussprachen. Während der erste, unter dem Titel „Ein Übelstand in der deutschen Rechtspflege" erschienene Aufsatz den „Präjudizienkultus" und die „Motivenanbeterei," wie sie bei den deutschen Gerichten üblich geworden sei, tadelte, betonte dagegen der zweite, unter dem Titel „Ein erfreuliches Stück Autoritätsglauben" eingesandte Aufsatz, daß die Unterwerfung der Gerichte unter die vom Reichsgericht ausgesprochnen Rechtsgrundsätze eine im Interesse der Rechtspflege zu übende Pflicht sei. Vor dem Abdruck des zweiten Aufsatzes teilte die Redaktion den Aufsatz dem Verfasser mit und bat um dessen Ansicht. Dieser erstattete die nachfolgende Äußerung, die die Redaktion zusammen mit dem gedachten Aufsatze (Grenzboten 1888 I) zum Abdruck brachte.]

Der Gegensatz der beiden Aufsätze läßt sich wohl daraus erklären, daß jeder derselben eine Seite der Sache vorzugsweise betonen zu müssen glaubt. Jede dieser beiden Seiten hat ihre Berechtigung.

Es ist unzweifelhaft, daß die Entscheidungen des höchsten Gerichtshofs eines Landes als Präjudizien für andre Fälle eine Autorität beanspruchen dürfen. Gerade darin liegt der Wert einer Justizorganisation, die in einem einheitlichen höchsten Gerichtshofe abschließt, daß dadurch die Einheit des Rechts im Staate erhalten wird. Dies kann aber nur dadurch geschehen, daß auch in den Sachen, die nicht zu unmittelbarer Entscheidung des höchsten Gerichtshofs gelangen, die übrigen Gerichte sich mit dessen Entscheidungen in Übereinstimmung zu halten bemüht sind. Die Selbständigkeit des

Richteramts hat nicht die Bedeutung, daß jeder einzelne Richter völlig isoliert seine Ansichten sich zu bilden und seine Entscheidungen zu geben berufen wäre. Vielmehr muß der Richter sich bewußt bleiben, daß die gesamte Justiz einen einheitlichen Organismus bildet, als dessen Glied auch er zu arbeiten hat. Wo eine Sache bis an den höchsten Gerichtshof gelangen kann und wo es nach den vorliegenden Präjudikaten zweifellos ist, daß der höchste Gerichtshof sie in einem bestimmten Sinne entscheiden werde, würde es geradezu ein Unrecht an den Parteiinteressen sein, wenn der Richter unterer Instanz im Gefühle seiner „Selbständigkeit" die Sache anders entscheiden und dadurch die Parteien nötigen wollte, erst mittelst Durchlaufung der Instanzen, d. h. mit schwerem Kosten- und Zeitverlust, sich das vom höchsten Gerichtshof erkannte Recht zu verschaffen. Wird aber so in den Sachen erkannt, die an den höchsten Gerichtshof gelangt sind, so würde es eine arge Schädigung der Einheit des Rechts sein, wenn nicht auch in den übrigen Sachen übereinstimmend damit erkannt würde.

Die höchstinstanzlichen Entscheidungen haben jedoch als Präjudikate je nach der Natur der entschiednen Frage eine sehr verschiedne Bedeutung. Es giebt in unserm Rechte viele Fragen, die wir äußerliche Fragen des Rechts nennen möchten, Fragen rein positiver Natur, bei denen es relativ gleichgiltig ist, ob sie so oder so entschieden werden. Eine Frage dieser Art würde es z. B. sein, ob eine vom Gesetz bestimmte Frist auf die eine oder die andre Weise zu berechnen sei. Bei Fragen dieser Art besteht vor allem das Bedürfnis einer gleichmäßigen Entscheidung; und deshalb haben bei ihnen die Entscheidungen des höchsten Gerichtshofs den größten Wert. Sie ergänzen gewissermaßen das Gesetz im positiven Sinne. Hier vor allem wird es also Pflicht der untergeordneten Gerichte sein, der präjudiziellen Entscheidung des höchsten Gerichtshofs zu folgen.

Nicht ganz so liegt die Sache bei Fragen, die wir als

Fragen des innern Rechts bezeichnen möchten, Fragen, die man nicht willkürlich so oder so entscheiden kann, die vielmehr durch die Natur der Dinge oder durch den Zusammenhang des ganzen Rechtssystems eine bestimmte Entscheidung erheischen. Auch in solchen Fragen wird man die Entscheidungen des höchsten Gerichtshofs gewiß sorgfältig zu beachten haben. Aber man muß sich bewußt bleiben, daß auch der höchste Gerichtshof in solchen Fragen irren kann. Eine irrige Entscheidung dieser Art bleibt falsch, auch wenn sie der höchste Gerichtshof ausgesprochen hat. Wollte nun die ganze Rechtsprechung blindlings einer solchen falschen Entscheidung folgen, so würde es dem höchsten Gerichtshofe noch weit schwerer werden, aus dem Irrtume wieder herauszukommen. Diese aus einer einheitlichen höchsten Rechtsprechung erwachsende Gefahr kann nur abgewendet werden, wenn auch die untern Instanzen sich die Aufgabe stellen, an der Ausbildung des im höhern Sinne wissenschaftlichen Rechts selbständig mitzuarbeiten, und wenn sie demgemäß bei weitern Fällen, die mitunter durch die veränderte Sachlage die nämliche Rechtsfrage in einem ganz neuen Lichte erscheinen lassen, durch selbständig getroffne Entscheidungen dem höchsten Gerichtshofe Veranlassung geben, die Frage von neuem zu prüfen. Eine sklavische Unterwerfung der untern Instanzen in solchen Fragen unter die höchstinstanzlichen Entscheidungen würde im Laufe der Zeit zu einer völligen Verknöcherung des Rechts führen, und damit würde zugleich der praktische Wert der Rechtsprechung tief sinken.

Dies um so mehr, als bei einer derartigen Benutzung der Präjudikate auch noch eine Gefahr ganz andrer Art droht. Wer unsre Praxis genauer beobachtet, dem wird es nicht entgehen, daß sie nicht selten durchaus richtige Entscheidungen giebt auf Grund unzulänglicher oder vielleicht geradezu falscher Theorien, die in den Entscheidungsgründen ihren Ausdruck finden. Man wird vielleicht fragen, wie das möglich sei. In der That machen die Praktiker

solche Entscheidungen mit ihrem praktischen Rechtsgefühl und setzen dann die Theorien, so gut sie sie eben haben können, davor. Auch die Entscheidungen des Reichsgerichts sind über diese Erscheinung nicht erhaben. Wenn nun die Gerichte der Vorinstanzen sich die Aussprüche des Reichsgerichts blindlings zur Richtschnur nehmen, so geschieht es gar leicht, daß sie solche Entscheidungsgründe gewissermaßen mit der Papierschere herausschneiden und daraufhin eine Entscheidung geben, für die diese Gründe nur scheinbar passen, und die vielleicht das Reichsgericht selbst niemals auf diese Gründe gebaut haben würde. Mit andern Worten: der blinde Präjudizienkultus führt nicht allein dahin, daß falsche Entscheidungen der höchsten Instanz eine leidige Propaganda machen, sondern auch dahin, daß zu richtigen Entscheidungen gegebne unrichtige oder auch nur ungenaue Entscheidungsgründe ein selbständiges Leben beginnen und dadurch die Quelle noch viel schlimmerer Irrtümer werden. Der Richter, welcher Instanz er auch angehören mag, sollte das eigentlich wissenschaftliche Recht niemals auf irgend eine Autorität hin blindlings anwenden, sondern stets durch Selbstdenken sich die geistige Herrschaft darüber bewahren. Dazu braucht man keine großen wissenschaftlichen Studien mit umfassenden litterarischen Hilfsmitteln zu machen. Noch weniger bedarf es dazu in den Entscheidungen weitausholender wissenschaftlicher Erörterungen, die selbst in den Urteilen des Reichsgerichts nur vom Übel sind. Was hier vom Richter verlangt wird, ist nur das, daß er das eigne Denken und die Bethätigung seines praktischen Rechtssinnes auch einer höchstinstanzlichen Entscheidung gegenüber nicht völlig aufgebe.

Fragen wir nun, nach welcher Richtung zur Zeit die Praxis vorzugsweise hinneige, und von welcher Seite deshalb eine Mahnung zunächst am Platze sei, so ist es ja schwer, die Verhältnisse in ganz Deutschland zu überblicken, und vielleicht sind sie auch nicht überall gleich. Soweit ich aber die Verhältnisse kenne, glaube ich, daß zur Zeit die

Gerichte mehr einem übertriebnen Kultus der Reichsgerichtsentscheidungen, als einer übermäßig freien Richtung huldigen. Es ist eben gar zu bequem, zu sagen: Das Reichsgericht hat so gesprochen, und damit basta! Daß damit der Wissenschaftlichkeit unsrer Rechtsprechung eine Gefahr droht, dürfte nicht zu verkennen sein. Jedenfalls dürfte auch wenn man zu einer allgemeinen Expektoration in dem Sinne der Eingangssätze des vorstehenden Aufsatzes sich für berechtigt hielte, der Verfasser des frühern Artikels nicht zu dem „Überfluß von Weltverbesserern und Kritikern“ zu rechnen sein, wenn er auf die Gefahr eines allzu großen Autoritätsglaubens hinwies. Dagegen kann man gewiß der Äußerung im Schlußsatze des vorstehenden Aufsatzes beistimmen: daß es bös mit unsrer Rechtspflege stehen würde, wenn nicht mehr das geschulte Rechtsgefühl des Richters bei der Rechtsprechung den Ausschlag gäbe. Aber ich vermag nicht, so wie es oben geschieht, das geschulte Rechtsgefühl des Richters zur „wahren Wissenschaftlichkeit“ in Gegensatz zu stellen, und noch weniger glaube ich, daß dieses Rechtsgefühl, wenn man nicht darunter eine rein handwerksmäßige Übung der Justiz versteht, in dem bloßen Abschreiben von Präjudizien sich zu bethätigen habe.

Das richterliche Urteil und die Phrase

[Grenzboten 1885 III S. 7]

Anlaß zu dieser Besprechung giebt uns ein in jüngster Zeit entschiedner Strafprozeß, der Prozeß wider den Redakteur der in Berlin erscheinenden „Freien Zeitung“ wegen Beleidigung des Hofpredigers Stöcker, ein Prozeß, der, nächst dem vor elf Jahren verhandelten Prozeß Arnim, wohl mehr als jeder andre die öffentliche Aufmerksamkeit in Deutschland auf sich gezogen hat. Die Tagesblätter haben ausführliche Mitteilungen über die Verhandlungen in diesem Prozesse gebracht, auch das von dem Vorsitzenden des Gerichts verkündete Urteil umfassend wiedergegeben. Wenn auch nach § 267 der Strafprozeßordnung bei erfolgter Aussetzung der Entscheidung die Urteilsgründe zur Zeit der Verkündigung schon schriftlich festgestellt sein mußten, so scheint doch, wie man nach Inhalt der Verkündigung annehmen muß, der Vorsitzende von der Befugnis Gebrauch gemacht zu haben, die Urteilsgründe, statt sie aus der schriftlichen Aufzeichnung zu verlesen, „ihrem wesentlichen Inhalte nach“ in freier mündlicher Rede mitzuteilen, und es wird daher die veröffentlichte Entscheidung auf einer stenographischen Aufzeichnung dieser mündlichen Rede beruhen. Da nun aber einmal das Urteil in dieser Form in die Öffentlichkeit gelangt ist, so werden wir diese Form einstweilen auch als die authentische betrachten und an sie unsre Bemerkungen knüpfen dürfen.

Von vornherein wollen wir aussprechen, daß es uns hier nicht um eine Verteidigung des Hofpredigers Stöcker zu

thun ist. Das, was uns zur Feder greifen läßt, ist allein der Wunsch, daß in Prozessen dieser Art die Gerichte stets eine ihrer völlig würdige Haltung einnehmen und nicht — wenn auch nur unbewußt — sich zu Werkzeugen politischer Agitation hergeben möchten.

Seitdem die Redekunst in den Parlamenten zu großer Bedeutung gelangt ist, ist sie natürlich bemüht gewesen, sich aller jener oratorischen Mittel zu bemächtigen, die auf die Zuhörer, und wenn nicht auf diese, doch auf die Öffentlichkeit, vor der man redet, einen Eindruck zu machen geeignet erscheinen. Eingeleitet wird die Parlamentsrede in der Regel mit einer captatio benevolentiae, die dann auch öfters am Schlusse wiederkehrt. Bei der Sacherörterung aber will der Redner nicht allein als sachkundiger, sondern vor allem auch als geistreicher Mann glänzen. Er schmückt also seine Rede, wo sich irgend Gelegenheit dazu bietet, mit allerhand geistreichen Zuthaten. Auf diese Weise hat die Phrase in unserm öffentlichen Leben eine nicht unbedeutende Herrschaft gewonnen. Diese Übung ist dann seit der Mündlichkeit und Öffentlichkeit des Gerichtsverfahrens aus den Parlamenten auch in die Gerichtssäle übergegangen. Der Anwalt, zumal wo er vor Geschwornen redet, aber auch in andern Sachen, die das öffentliche Interesse in Anspruch nehmen, ist bemüht, durch oratorische Künste jeder Art die Sache seines Klienten zu fördern. Und auch der Staatsanwalt greift, sei es aus persönlicher Neigung, sei es, um den ihm gegenüberstehenden Anwälten es gleich zu thun, oft zu diesen Mitteln. An dieser ganzen Sachbehandlung ist nun, wenn sie auch den wahren Interessen der Justiz wenig entspricht, nichts ab- und nichts zuzuthun; wir müssen sie als eine Folge bestehender Einrichtungen hinnehmen. Widerspruch erheben aber müssen wir dagegen, wenn nun auch der Richter sich von dieser Tendenz anstecken läßt und sich berufen fühlt, sein Urteil in der beliebten Form oratorischer Leistungen zu geben. Möglichste Einfachheit in der Form und strengste Einhaltung

innerhalb der Grenzen dessen, was zur rechtlichen Beurteilung der Sache gehört, das ist es, was dem richterlichen Urteil seine Würde giebt.

Leider finden wir in neuerer Zeit das Bewußtsein hiervon innerhalb unsers Richterstandes im Schwinden begriffen. Erinnern wir uns des Urteils in dem Prozesse Arnim. Es enthielt eine Einleitung, worin die Rede war von den „vielen Richtern außerhalb des Gerichtshofs, die in dieser Sache sich berufen gewähnt, ihr Urteil abzugeben," von den „hochgehenden Wogen der Leidenschaft, die selbst bis an sonst unerreichbare Stellen mit ihrem Gischte hinausgeschlagen" u. s. w. Es wurde von den Interessen gesprochen, die sich an diesen Prozeß knüpfen, dann aber gesagt, daß „alle diese Interessen für den Richter nur die Staffage und Szenerie des Dramas bilden; während es seine schwere Aufgabe sei, die nackte, trockne Handlung selbst, frei von allem Ausschmucke, entkleidet von allem jenen interessevollen Beiwerk, unter sein kritisches Seziermesser zu bringen, unbekümmert um die Wunden, die seine Schnitte hervorrufen möchten, als einziges Hilfsmittel in der Hand nur noch das Gesetz." Aus dem weitern Verlaufe des Urteils wird wohl vielen noch in der Erinnerung sein, daß darin unter anderm von Depeschen geredet wurde „über eine so brennende Frage, daß sie auch durch die Wände des ungeöffneten Koffers hindurchleuchten mußten."

Aus einem vor zwei Jahren verhandelten Prozesse, der unter dem Namen des Erpressungsprozesses des „Unabhängigen" viel besprochen wurde, ist uns noch erinnerlich, daß (nach Zeitungsberichten) das Urteil sagte: „Die Handlungsweise der Angeklagten ist eine so unerhörte, daß man sie kaum für glaublich hält, wenn sie nicht durch die dreitägige Verhandlung bestätigt worden wäre. Nachdem die Gesetzgebung schon lange den mittelalterlichen Schandpfahl abgeschafft hat, haben die Angeklagten einen modernen Preß-Schandpfahl konstruiert, an den zahlungsfähige Menschen gestellt wurden" u. s. w.

Auch das jüngst veröffentlichte Urteil huldigt dieser Richtung. Es enthält zuvörderst wieder eine Einleitung, ganz in dem oratorischen Stile des Arnimprozesses. Der Vorsitzende entschuldigt sich, daß er wegen körperlicher Indisposition nicht mit ganz klarer Stimme publiziere. Er entschuldigt sich, daß er nur einen „Überblick der Gründe" gebe, indem er darauf hinweist, daß das Gesetz ihn nur zur Mitteilung des Wesentlichen verpflichte. (Beiläufig bemerkt, ist dieser Überblick sehr ausführlich ausgefallen.) Dann wird der Prozeß als ein Partei- und Tendenzprozeß bezeichnet, bei dem, wie die Richter vorausgesehen, die Wogen der Leidenschaft und Leidenschaftlichkeit hochgegangen seien. An den sittlichen Wert eines politischen Gegners habe die scharf eingehende und scharf einschneidende Sonde gelegt werden müssen. Unbeirrt von Leidenschaft und Leidenschaftlichkeit, unbeirrt von dem, was das Parteitreiben da draußen verlangte, sei es Aufgabe des Gerichts gewesen, aus der förmlichen Mosaik von Beweisen das Rechte herauszufinden, die Spreu von dem Weizen zu sondern und auszuscheiden. Das Ergebnis dieser Ausscheidung solle jetzt nach einer gewissenhaften, eingehenden, nahezu achtstündigen Beratung publiziert werden. Auch am Schluß verfällt das Urteil wieder in diesen Ton. Es wird gesagt, daß das Gericht nach eingehendster Erwägung, nach vielfach streitenden Für und Wider schließlich zu der Auffassung gelangt sei, daß der Angeklagte nicht zu einer Geld-, sondern zu einer Gefängnisstrafe zu verurteilen sei. Aber der Gerichtshof sei dabei weit unter das beantragte Strafmaß herabgegangen. Der Angeklagte werde einsehen, daß sie, die Richter, ihn nicht zu hart bestrafen wollen, und er werde dem Gerichtshofe das Zeugnis nicht versagen, daß alles, was irgend nur mit Recht zu seinen Gunsten in die Wagschale geworfen werden konnte, reiflich und reichlich von ihnen erwogen worden sei. Schließlich wird im Namen des Gerichtshofs die Hoffnung ausgesprochen, daß diese Konflikte mit dem Strafgesetze im Leben des Angeklagten die letzten seien. Aus dem übrigen Inhalte des

Urteils wollen wir — andrer schönredenden Wendungen nicht zu gedenken — nur hervorheben, daß von „dem Falle der gewissermaßen aus dem Grabe leider wieder erstandnen Esther Solymossi“ geredet wird, was einigermaßen an die aus dem Koffer durchleuchtenden Depeschen des Falles Arnim erinnert.

Wir sind der Ansicht, daß alle solche Auslassungen eines Gerichts — denn in dessen Namen redet doch der Vorsitzende — vom Übel sind. Das Gericht braucht das, was es thut, nicht zu rechtfertigen, wenn es nur das Rechte thut. Über die Natur des Prozesses, die ohnehin jeder kannte, war jedes Aussprechen unnötig. Daß das Gericht bei einem solchen Prozesse wie auch bei jedem andern seine Schuldigkeit thut, versteht sich von selbst; es braucht das nicht zu versichern. Auch wie lange das Gericht beraten hat, ob die Beratung mehr oder minder schwierig gewesen ist, gehört nicht vor das Publikum. Vollends sollten sich die Richter nicht in Versicherungen darüber ergehen, daß sie den Angeklagten nicht hart behandeln wollen, und diesen nicht um ein Zeugnis bitten, durch das er ihr Wohlwollen anerkenne. Daß jemand, der soeben verurteilt wird, künftig nicht wieder mit dem Strafgesetz in Konflikt gerate, ist ja bei jedem Angeklagten zu hoffen. Eben deshalb aber ist ein Ausspruch darüber, wenn er nicht etwa eine gutgemeinte Mahnung sein soll, ohne Wert. Vor allem aber möchten wir wünschen, daß unsre Richter in ihren Urteilen es streng vermieden, sich in pathetischen und geistreichen Wendungen zu ergehen. Das richterliche Urteil wiegt in sich selbst so schwer, daß es solchen rhetorischen Beiwerkes nicht bedarf. Überdies ist Geistreichsein eine gefährliche Sache. Es mißlingt mitunter; und dann fällt es als Geschmacklosigkeit auf den Redenden zurück. Doppelt schwer aber fällt es auf ihn zurück, wenn der Redende ein Richter ist, weil jedermann fühlt, daß Geistreichsein nicht zum Berufe des Richters gehört. Je nüchterner und einfacher der Richter seinen Ausspruch abgiebt, um so besser erfüllt er seine Aufgabe.

Wir wollen nun auch den eigentlichen Inhalt des Urteils etwas näher betrachten. Selbſtverſtändlich laſſen wir dabei die rechtliche Beurteilung, die das Gericht der Sache hat angedeihen laſſen, völlig unberührt. Nur das ſoll hier beſprochen werden, was uns in der Form des Urteils verfehlt erſcheint, wozu wir allerdings auch alle jene Ausſprüche rechnen, die das Gericht gegeben hat, ohne daß die rechtliche Beurteilung der Sache dazu nötigte. Wir bemerken in dieſer Beziehung, daß es ja unzweifelhaft Pflicht des Gerichts war, das von der Verteidigung geltend gemachte Verhalten des Hofpredigers Stöcker aus dem Geſichtspunkte zu prüfen, ob durch dasſelbe die in den beleidigenden Artikeln enthaltenen Vorwürfe ſachlich gerechtfertigt oder doch wenigſtens einigermaßen entſchuldigt werden. Dieſe Grenze hatte aber auch das Gericht in ſeinen Ausſprüchen um ſo ſtrenger einzuhalten, als es ja von vornherein klar war, daß es ſich hier um einen Tendenzprozeß handelte, durch den der Richterſpruch für politiſche Zwecke dienſtbar gemacht werden ſollte.

Die Hauptfrage war darauf gerichtet, ob das an die Spitze des Schmähartikels geſtellte Wort „Lügner“ in dem Verhalten Stöckers einen Anhalt finde; ob man ihm die Gepflogenheit, abſichtlich und bewußt die Unwahrheit zu ſagen, vorwerfen könne. Das Urteil erörtert zu dieſem Zwecke eine Reihe von Fällen und zieht das Ergebnis, daß in dieſen Fällen Stöcker mit den Thatſachen ſich in Widerſpruch geſetzt habe. Bei einigen dieſer Fälle wird dieſer Ausſpruch durch Einſchiebung der Worte „teilweiſe“ oder „halb und halb“ abgeſchwächt und verliert ſchon dadurch an Bedeutung. Bei andern wird dagegen beſtimmt geſagt, daß der Widerſpruch beſtehe „feſtgeſtellten und unzweifelhaften“ oder „vorhandnen, beſtehenden und ermittelten Thatſachen“ gegenüber. Da nun auch dieſe Thatſachen unzweifelhaft Stöcker bekannt waren, ſo hätte man darnach erwarten ſollen, das Gericht werde allerdings zu dem Ergebnis gelangen, daß Stöcker mehrmals abſichtlich und bewußt die Unwahrheit geſagt, alſo gelogen

habe. Es folgt dann aber der Ausspruch, daß der Gerichtshof sich nicht zu der Annahme „bequemen“ könne, daß Stöcker nicht im Irrtum sich befunden habe, was mit der Erregtheit Stöckers und der notorischen Erregtheit und Heftigkeit politischer Debatten motiviert wird. Ohne Zweifel wäre es zur Vermeidung mißbräuchlicher Benutzung des Urteils dienlicher gewesen, wenn man bei jeder einzelnen Thatsache die Frage beantwortet hätte, ob dabei Stöcker bewußt und absichtlich die Unwahrheit gesagt habe. Dann würde man auch vielleicht minder entschieden einen „Widerspruch mit den Thatsachen“ konstatiert haben. Denn in Wahrheit lag die Sache so, daß auch in jenen beiden Fällen, wo das Gericht unbedingt einen solchen Widerspruch als vorhanden aussprach, nur ein relativer Widerspruch mit den Thatsachen vorlag. Dies tritt am deutlichsten hervor bei der Frage über die Beteiligung Stöckers an den Verhandlungen der Thüringer Kirchenkonferenz. Stöcker hatte seine Beteiligung an diesen Verhandlungen verneint. Nun stand fest, daß er bei dieser Konferenz keine Rede gehalten, daß er aber auf eine dort an ihn gerichtete Frage mit einigen Worten geantwortet hatte. War dies nun eine Beteiligung an der Verhandlung? Je nachdem man diese Frage verneinte oder bejahte, konnte man sagen, daß Stöcker wahr oder unwahr gesprochen habe. Sonderbarerweise erklärt das Urteil, diese Frage dahingestellt sein lassen zu wollen, und der Vorsitzende spricht sogar seine persönliche Ansicht dahin aus, daß er diese Frage nicht bejahen würde; gleichwohl wird unmittelbar darauf gesagt, daß Stöcker sich durch jene Verneinung mit den feststehenden Thatsachen in Widerspruch gesetzt habe. Ähnlich verhält es sich mit der Unterschrift der Antisemitenpetition. Stöcker hatte dieselbe anfangs unterschrieben, dann aber seine Unterschrift auf Ansuchen des Dr. Förster zurückgenommen. Die große Mehrzahl der Petitionen war ohne seine Unterschrift in die Welt gegangen. Nur eine kleinere Anzahl war mit seiner Unterschrift versehen. Stöcker hatte nun auf Befragen verneint, daß er die

Petition unterschrieben habe. Das war wahr oder nicht wahr, je nachdem man die Sache auffaßte. Wegen solcher relativen Unwahrheiten, die davon abhängen, wie der Erklärende die gestellte Frage aufgefaßt habe, kann man aber niemand der Lüge zeihen. Dafür liegt der deutliche Beweis darin, daß, wenn Stöcker in beiden Fällen die an ihn gestellten Fragen statt mit „nein“ mit „ja“ beantwortet hätte, auch dies relativ unwahr gewesen wäre, und man dann auch dies für eine Lüge würde haben erklären können. Der Ausspruch, daß Stöcker in jenen Fällen mit den feststehenden Thatsachen sich in Widerspruch gesetzt habe, paßt also nicht und steht zum Teil mit den eignen Entscheidungsgründen des Gerichts nicht im Einklange. Nur in diesen Verhältnissen, allenfalls in Verbindung mit der „Erregtheit“ Stöckers, kann aber der eigentliche Grund gefunden werden, der den Vorwurf der Lüge ausschloß. Statt dieses klar auszusprechen, gebraucht das Urteil die ungeeignete Form, erst einen entschiednen Widerspruch mit den Thatsachen zu konstatieren und dann einen unzureichenden Entschuldigungsgrund dafür aufzustellen — eine Form, die der Agitation gegen Stöcker nicht wenig zu statten kam. Auch die Bemerkung in dem Urteile, daß bei der Antisemitenpetition Stöcker „um so mehr“ mit den Thatsachen sich in Widerspruch gesetzt habe, weil er nicht freiwillig, sondern auf Drängen Försters, seine Unterschrift zurückgezogen habe, ist ganz unverständlich.

Nachdem nun das Urteil sich für Annahme eines „Irrtums“ bei Stöcker ausgesprochen, erklärt es gleich darauf weiter, daß es doch dem Angeklagten „nicht verargen könne,“ wenn er an der Hand der gedachten Widersprüche u. s. w. zu der Annahme gelangt sei, daß Stöcker sich bewußt mit der Wahrheit in Konflikt gesetzt habe. Es ist Regel, daß die Beurteilung, die das Gericht der Sache angedeihen läßt, auch der Angeklagte gegen sich gelten lassen muß; und wenn dieser Grundsatz angewendet wurde, so mußte das Gericht allerdings dem Angeklagten jene Annahme verargen. Oder lag

etwa für den Angeklagten die Beurteilung der Frage anders als für das Gericht? Ohne Zweifel wollte man nur sagen, es gereiche dem Angeklagten einigermaßen zur Entschuldigung, daß Fälle vorliegen, die sich auf dem Grenzgebiet relativer Wahrheit und Unwahrheit bewegen.

Noch an vielen andern Stellen hat das Urteil Aussprüche gegeben, die offenbar ihre Spitze gegen Stöcker kehren, ohne daß diese Aussprüche durch die Sachlage veranlaßt waren. Wenn, wie das Gericht annahm, die Beschäftigung des ꝛc. Aschenbrenner als Redakteur rechtlich nicht in Betracht kam, so war auch die Bemerkung im Urteile überflüssig: „Mag es auch noch so unangemessen erscheinen, einen Portier mit der Zeichnung von Artikeln zu befassen.“ Der Vorgang mit dem Pfarrer Witte stand den äußern Thatsachen nach völlig fest. Wollte aber das Gericht — worauf es doch vor allem ankam — annehmen, daß dabei Stöcker aus „Ehrgeiz“ und aus „Rache“ (die der Vorsitzende in „Revanche“ übersetzte) gehandelt habe, so hätte dies doch noch einer besondern Begründung bedurft. Diese fehlt aber in dem Urteil. Nahm das Gericht an, daß der Vorgang mit Ewald, weil er erst nach Erscheinen der beleidigenden Artikel stattgefunden habe, nicht in Betracht komme (was sich mit wenigen Worten hätte sagen lassen), so hatte es auch keinen Beruf, auszusprechen: „Mag man über diesen Eid (Stöckers) denken, wie man will, mag man ihn als einen vorsichtigen oder, was wohl näher liegt, unvorsichtigen ansehen.“ Hatte Stöcker die Bezeichnung jemandes als Juden mit der Bemerkung zurückgenommen: „Nun, dann ist er noch schlimmer als ein Jude!“ so war doch das Gericht nicht berufen, diese Bemerkung als eine „unschickliche, ja gehässige“ zu kritisieren. Bei Beurteilung der Strafzumessungsgründe rechnet das Urteil dem Angeklagten zur Milderung an, daß er der jüdischen Konfession angehöre, und sagt in dieser Beziehung: „Derjenige müßte seinen Glauben und den seiner Väter nicht lieb haben, der nicht schließlich tief gereizt und innerlich empört würde, wenn

er Angriffe sieht und wiederum sieht auf seinen Glauben und die Gleichberechtigung seines Glaubens, zumal wenn diese Angriffe von einem Geistlichen kommen." Wir lassen die Frage jenes Milderungsgrundes an sich völlig dahingestellt. Was aber die angeführte Begründung betrifft, so ist ja völlig notorisch, daß nach der Ansicht Unzähliger die neuere Bewegung gegen die Juden, an der auch Stöcker hervorragend teilgenommen hat, ihren Grund und ihre Berechtigung hat nicht in dem Glauben, sondern in ganz andern Eigenschaften, die man dem jüdischen Volksstamme beimißt, Eigenschaften, für die man auch die angeschuldigten Artikel als Beleg anführen könnte. Es ist auch nicht bekannt geworden, daß Stöcker in einem andern Sinne sich an dieser Bewegung beteiligt habe. Es war daher durchaus nicht wohl angebracht, den Angeklagten gleichsam zu glorifizieren, daß er aus Liebe zu seinem und seiner Väter Glauben in gerechte Empörung geraten sei gegen einen Geistlichen, der diesen Glauben verfolge. Ein Glaubensmärtyrer ist der Redakteur der „Freien Zeitung" doch gewiß nicht. Gerade in einer Frage dieser Art sollte jeder Gerichtshof sich aufs strengste auch vor dem Scheine einer Parteinahme hüten. Über die Frage, ob Stöcker in seiner Stellung als Geistlicher einen besondern Schutz verdiene, sagt dann das Urteil: „Der Gerichtshof ist gern gewillt, dem Geistlichen, als dem Verkünder des göttlichen Wortes von Liebe und Versöhnung, den von der Staatsanwaltschaft mit Recht verlangten besondern Schutz des Gesetzes angedeihen zu lassen, und zwar deshalb, weil gerade die Stellung des Geistlichen diejenige ist, in der das Vertrauen der großen Menge auf seine Wahrhaftigkeit wurzelt, und zu dem (zu ihm?) die große Menge als Zeugen der göttlichen Weltordnung mit besondrer Andacht und Verehrung emporblickt. Aber dieser besondre Schutz des Gesetzes setzt voraus, daß der Geistliche sich nicht mischt in politische Agitation, daß er seinerseits von der politischen Agitation deshalb sich fern hält, weil er, wenn er angreift, Angriffe

gewärtigen muß, und weil, wenn er in der Brandung der politischen Agitation steht, er sich nicht wundern und sich nicht beklagen kann, wenn diese nicht immer klare Flut auch ihn mit ihrem Schaum, wenn ich nicht sagen soll Schlamm, zum Teil begießt.“ Auch hier wäre die Sache sehr einfach auszudrücken gewesen, wenn der Vorsitzende gesagt hätte, daß ein Geistlicher, der sich an politischen Agitationen beteilige, gegen Angriffe, die auf diesem Gebiete gegen ihn gerichtet werden, keinen besondern Schutz beanspruchen könne. Statt dessen ergeht sich das Urteil in einem Wortschwall, der, wenn er auch vielleicht nur aus oratorischem Bedürfnis hervorgegangen ist, doch, wie sich das Gericht selbst sagen mußte, zu der naheliegenden Auffassung führt, es habe damit durch allerhand Anspielungen eine tadelnde Kritik gegen das ganze Verhalten Stöckers geübt werden sollen.

Zu einer solchen erhebt sich dann auch noch am Schlusse das Urteil. Dem Ausspruche, daß das Gericht Stöcker nicht einen bewußten Konflikt mit der Wahrheit „unterschieben“ könne und wolle, wird der weitere Ausspruch zugefügt, daß das ganze Auftreten Stöckers ein unvorsichtiges, ja sogar (wie der Gerichtshof ausdrücklich den Vorsitzenden zu sagen beauftragt habe) ein mindestens leichtfertiges gewesen sei. Wozu dieser Vorwurf? Gehörte er zur Beurteilung des Vergehens des Angeklagten? Oder war etwa Stöcker selbst der „Angeklagte“ (wie ihn allerdings der Vorsitzende mehrfach aus Versehen nannte)? Und wenn auch der Ausspruch, daß Stöcker „unvorsichtig“ gehandelt — was wohl niemand bezweifelt —, notwendig gewesen wäre, weshalb dann noch ihm durch den gesteigerten Vorwurf der „Leichtfertigkeit“ auch einen subjektiven Makel anhängen?

Zu allen diesen kritischen Bemerkungen über Stöcker hatte das Gericht durchaus keinen Beruf. [a] Durch sie hat

---

[a] Ebenso wenig, wie das Gericht den Beruf hat, Zeugen einen moralischen Tadel anzuhängen, hat es auch den Beruf, ihnen Lobsprüche

es gerade das herbeigeführt, was es nach dem in der Einleitung des Urteils gesagten vermeiden wollte. Es hat ein Urteil erlassen, das der von der Verteidigung in den Prozeß hineingetragnen politischen Tendenz volles Wasser auf die Mühle gab. Der Prozeß wurde nun kurzweg „der Prozeß Stöcker" genannt. In einer Anzahl von Blättern erschien sofort eine Blumenlese aus dem Urteil, die alle die gegen Stöcker gerichteten Spitzen dem Publikum preisgab. Und wo das Urteil in seiner Gesamtheit wiedergegeben wurde, da waren jene Spitzen mit gesperrter Schrift gedruckt, um sie als den eigentlichen Inhalt des Urteils erscheinen zu lassen. Unzählige Artikel folgten dann, die aus dem so zurechtgemachten Urteile die gehässigsten Folgerungen zogen. Diese ganze wüste Agitation wäre vermieden worden, wenn man mit größerer Vorsicht die Entscheidungsgründe gefaßt, namentlich sich streng auf das beschränkt hätte, was zur Sache gehörte.

Ihren allgemeinsten Grund haben solche beklagenswerte Erscheinungen in der Thatsache, daß überhaupt in unsern Urteilssprüchen eine Redseligkeit eingerissen ist, die man früher nicht kannte. Früher war es der Ruhm des Richters, sich möglichst knapp und präzis auszudrücken, auch nicht ein Wort mehr zu sagen, als die rechtliche Beurteilung des Falles erheischte. Heute betrachten viele Richter das Urteil als die Stelle, wo sie ihren Herzensergießungen freien Lauf lassen können. Tritt dann noch der Reiz des Sensationsbedürfnisses und vielleicht der Mangel an zureichendem Geschick hinzu, so kommt es leicht zu den unpassendsten Auslassungen. Es würde

---

zu erteilen. Auch wenn z. B. ein Zeuge heftig angegriffen ist, hat das Gericht doch nicht auszusprechen, daß er „ein Ehrenmann" sei. Es hat nur darüber zu urteilen, ob es die Aussage des Zeugen glaubhaft findet. Ergiebt die Verhandlung, daß er ein Ehrenmann ist, so wird das öffentliche Urteil das auch ohne Erklärung des Gerichts herausfinden. Auch gegen den Angeklagten haben die Gerichte keine bloß moralischen Urteile zu fällen.

eine Wohlthat für die Rechtsprechung sein, wenn die höhern Justizverwaltungen gegebne Veranlassungen benutzten, um die Richter von solchen Abwegen zurückzuführen. Sicherlich gehört das Ergehen in nutzlosen Redeweisen nicht zur richterlichen Selbständigkeit und Unabhängigkeit.

[Seit Veröffentlichung dieses Aufsatzes sind wiederholt Berichte über Gerichtsverhandlungen durch die Blätter gegangen, die erkennen lassen, wie unrichtig mitunter Vorsitzende ihre Stellung auffassen, nicht allein nach der Art ihrer Verkündung des Urteils, sondern auch nach der Art ihrer Leitung der Verhandlungen. Aus diesem Gesichtspunkt fand der Herausgeber namentlich Veranlassung, den im November 1892 vor dem Berliner Landgericht verhandelten Prozeß Ahlwardt öffentlich zu besprechen. Aus dieser Besprechung (Grenzboten 1892 IV) möge hier die zur Darlegung der allgemeinen Gesichtspunkte bestimmte Einleitung Platz finden.]

Die Leitung der mündlichen Verhandlung in einer Strafsache ist keine leichte Aufgabe. Um dem Angeklagten die geeigneten Vorhalte zu machen und die Zeugen richtig zu befragen, muß der leitende Richter den Stoff des Prozesses, so weit er bereits aktenmäßig vorliegt, gründlich studiert haben. Es ist nicht zu hindern, daß sich dadurch vielleicht schon Ansichten bei ihm bilden, die in die materielle Beurteilung der Sache einschlagen. Nun hat er aber sein Urteil in der Sache endgiltig erst nach Schluß der Verhandlung in Verbindung mit den übrigen Richtern abzugeben. Daraus folgt, daß, wenn sich auch bereits Ansichten bei ihm gebildet haben, die für die Entscheidung bedeutsam sind, er doch bei der Leitung der Sache mit diesen Ansichten so weit als irgend möglich zurückhalten muß. Nur dadurch kann er sich das Vertrauen der Parteien und die möglichste Unbefangenheit für die endliche Entscheidung bewahren. Weiter hat der leitende Richter die Pflicht, sich jeder Gehässigkeit gegen den Angeklagten zu enthalten. Er hat ihm keine Vorwürfe, weder juristisch noch moralisch, zu machen, die nicht durch die Sachlage geboten

ſind. Er hat ihn auch nicht mit Hohn oder Ironie zu behandeln. Die Stellung des Richters muß die der ernſten Würde ſein, wobei es ihm wohl anſteht, wenn er dem Angeklagten, ſo weit es nach Lage der Verhältniſſe möglich iſt, ſogar menſchliches Wohlwollen bezeigt. Eine weitere Regel für die Verhandlung (gegen die freilich heute vielfach geſündigt wird) möchten wir in die Worte faſſen: Der Richterſtuhl iſt keine Tribüne, von der der Richter zum Publikum zu reden berufen wäre. Dinge, die ſich nicht auf die Straferkennung beziehen, hat der Richter nicht in die Verhandlung hineinzuziehen. Ausſprüche, die für die Sache keine Bedeutung haben, ſind ſowohl bei der Verhandlung, als in dem Urteil zu vermeiden. Verſtöße gegen alle dieſe Regeln wiegen um ſo ſchwerer, wenn es ſich um einen Prozeß handelt, der von der Parteien Gunſt und Haß getragen wird.

Das Studium des römischen Rechts nach Einführung des Zivilgesetzbuchs

[Über diesen Gegenstand hatten die Professoren Stammler in Gießen und Eisele in Freiburg fast gleichzeitig (1885) je eine kleine Schrift veröffentlicht, worin sie die Frage erörterten, ob nach Einführung des Zivilgesetzbuchs das römische Recht noch ferner zum Gegenstand des Studiums zu machen sei, und wie sich dieses Studium zu gestalten habe. Beide erklärten sich dahin, daß dieses Studium nicht aufhören dürfe, wenn es auch in andre Formen zu bringen sei. Eisele insbesondre sagte: gegen die deutsche Neigung zur Abstraktion gebe es kein besseres Mittel als das Studium der römischen Juristen. Deshalb wollte er neben den Vorlesungen über das Zivilgesetzbuch selbst exegetische Vorträge über ausgewählte Teile der Digesten hergehen lassen. Beide Rechtslehrer waren auch darin einig, daß es bei den Studierenden weniger auf das Wissen als auf das juristische Können ankomme, und daß dieses zu wecken das eigentliche Ziel des akademischen Unterrichts sein müsse.

Aufgefordert zur Besprechung dieser Schriften äußerte ich mich darüber in der Kritischen Vierteljahrsschrift (Bd. IX S. 187 f. 1886) folgendermaßen:]

Die Frage, wie die akademischen Vorlesungen über Jurisprudenz in Zukunft zu ordnen seien, ist völlig abhängig davon, wie wir uns das Verhältnis des demnächstigen Zivilgesetzbuchs zum römischen Recht denken. Mögen wir auch von der berechtigten Voraussetzung ausgehen, daß das fragliche Gesetzwerk noch so vortrefflich sein werde: etwas spezifisch Verschiednes von den Gesetzwerken, die im Laufe der letzten Jahrzehnte teils im Entwurf, teils als giltig gewordne Gesetze erschienen sind, wird es doch sicherlich nicht werden. Als Werke dieser Art liegen uns vor:

1. Das bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen. 1863;

2. Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Bayern (umfassend „die Rechtsverhältnisse“ und „das Recht der Schuldverhältnisse“) 1861;
3. Der Entwurf eines für die deutschen Bundesstaaten gemeinsamen Gesetzes über die Schuldverhältnisse. Dresden, 1865.

Dazu ist neuerdings noch gekommen:

4. Das Schweizerische Obligationenrecht. 1882.

Betrachten wir nun einmal alle diese Werke in ihren einzelnen Lehren. Stellen wir uns die Frage: Ist denn das, was sie aufstellen, wirklich neues Recht? — so werden wir uns sagen: Nein! es ist in allem Wesentlichen das Recht, das bereits besteht, wenn auch in dieser oder jener Beziehung mit einer oder der andern neuen positiven Gestaltung. Das bei uns bestehende Recht ist aber in seinen Grundlagen kein andres als das römische. Es ist es auch in den Ländern, in denen bereits neue Kodifikationen gelten, also namentlich in den Gebieten des preußischen Landrechts und des Code Napoleon. Das römische Recht bildet formal durchweg, materiell zum größten Teile die Grundlage unsers juristischen Denkens. Auch solche Rechtsinstitute, die scheinbar ganz neu sind, stehen doch meistens in Verbindung mit römischen Lehren. Der heutige Wechsel hat seine Grundlage in der römischen Formalobligation. In der modernen Grundbuchgesetzgebung (wie sie in den preußischen Gesetzen enthalten ist) ist die Bedeutung des „Eintrags“ im Grundbuche nur richtig zu verstehen, wenn man sich die Bedeutung eines formalen Rechts, das neben dem materiellen hergeht, klar macht; wofür wieder das römische Recht die Grundlage bietet.

Kein Gesetzgeber, so vortrefflich er auch sein mag, ist imstande, Gesetze zu schreiben, deren Wortlaut für sich allein schon ausreichte, um den Gedanken, der im Gesetze lebendig ist, vollkommen klar zu stellen. Dazu ist die menschliche Sprache viel zu schwach. Wir müssen also, um die Gesetze richtig zu verstehen, auf die Gedanken zurückgehen, aus denen

sie hervorgegangen sind. Mit der gedachten intensiven Schwäche der Gesetze geht auch noch eine extensive Hand in Hand. Prüfen wir einmal in unsern modernen Gesetzbüchern irgend eine Lehre, die wir zufällig etwas genauer kennen, in Beziehung auf die Vollständigkeit ihres Inhalts, so wird es uns — ganz abgesehen von den sich vorfindenden Inkorrektheiten, die durch das Gesetz nun ein für allemal festgenagelt sind — sicherlich auffallen, welche Summe von Fragen in dem Gesetze unentschieden bleibt. Darin liegt kein Vorwurf für den Gesetzgeber. Es ist eben unmöglich, in der Form der modernen Gesetzesparagraphen den Rechtsgedanken zu erschöpfen. Der Versuch, den man in dieser Richtung im preußischen Landrecht gemacht hat, ist kläglich gescheitert. Wie füllen wir nun diese Lücken des Gesetzes aus? Man sagt: das ist Aufgabe der Wissenschaft. Gewiß! Aber woher nehmen wir denn diese Wissenschaft? Saugen wir sie etwa aus den Fingern? Nein, es ist die Wissenschaft, die wir überkommen haben; eine andre giebt es nicht. Man wird vielleicht sagen: es müsse sich eine neue Wissenschaft entwickeln aus dem Sinne und Geiste des Gesetzbuchs selbst. Ja, wenn dieses Entwickeln nur nicht schon eine Wissenschaft voraussetzte! Heutzutage erzeugt sich keine Rechtswissenschaft mehr durch generatio aequivoca. Und eine Wissenschaft, die durch eigne Kraft aus dem Gesetzbuch sich entwickeln soll, würde einem Manne gleichen, dem man die Aufgabe stellte, sich selbst am Zopfe aus dem Sumpfe zu ziehen.

Zur Klarstellung dessen, was hier gemeint ist, möge nur ein einziges Beispiel dienen. Dem preußischen Landrecht war die Lehre von der Klagberechtigung des Dritten aus sogenannten Verträgen zu Gunsten Dritter fremd geworden; was sich besonders schmerzlich in der Praxis fühlbar machte, wenn bei Immobiliarübertragungen der Erwerber Schulden des Veräußerers übernommen hatte. In dieser Beziehung wollte das preußische Gesetz über den Eigentumserwerb u. s. w. vom 5. Mai 1872 Abänderung treffen. Es bestimmte in § 41:

„Hat der Erwerber eines Grundstücks die auf diesem haftende Hypothek in Anrechnung auf das Kaufgeld übernommen, so erlangt der Gläubiger gegen den Erwerber die persönliche Klage, auch wenn er dem Übernahmevertrag nicht beigetreten ist."

Nun lese man einmal die Urteile, die ausweislich der Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 1 Nr. 48 und 142 der erste Hilfssenat des Reichsgerichts auf Grund jener Bestimmung erteilt hat. In dem einen wird ausgeführt, daß, wenn auch das Recht des Veräußerers auf Leistung an den Dritten wieder aufgehoben sei, der Dritte doch sein Klagrecht ungeschmälert behalte. Es liege kein Grund vor, in dieser Beziehung den § 41 anders als nach seinem Wortlaute auszulegen. In dem andern Urteile wird die Frage erörtert, ob die Klage des Dritten eine Klage aus dem Kaufvertrage des Veräußerers mit dem Schuldübernehmer oder eine Klage aus dem eignen Vertrage des Dritten mit dem Veräußerer sei. Der Gerichtshof entscheidet sich für das letztere und kommt damit wiederum zu einem schiefen Ergebnis. Auch hier wird auf die gebotene „wörtliche Auslegung" Bezug genommen. Beide Entscheidungen sind nur möglich gewesen dadurch, daß man sich des geschichtlichen Zusammenhangs der Lehre, der ja auf das römische Recht zurückführt, unbewußt blieb. Es waren landrechtlich gebildete Juristen, die diesen Zusammenhang nicht ausreichend erkannten und statt dessen glaubten, an dem „Wortlaut" des Gesetzes sich genügen lassen zu dürfen.[1]) Solche Entscheidungen (von denen wir noch mannigfache Beispiele aufführen könnten) sind die Frucht moderner Gesetze, wenn man diese eben nur dem vermeintlichen Wortlaut nach anwendet. Im Sinn der Schaffenden sind sie vielleicht ganz gut gewesen. In der Hand der Anwendenden verkehren sie sich zum Gegenteil. [In der Lehre

1) Vgl. über beide Entscheidungen die von mir herausgegebnen „Urteile des Reichsgerichts mit Besprechungen" S. 90 f.

von der Schuldübernahme hat freilich das bürgerliche Gesetzbuch das Studium des römischen Rechts schon dadurch überflüssig gemacht, daß es selbst auf ein Verständnis dieser Lehre nach römischem Rechte verzichtet und eine willkürliche Erfindung an die Stelle gesetzt hat.]

Um also unser demnächstiges Zivilgesetzbuch richtig zu verstehen und gut im Leben anzuwenden, würde eine Kenntnis des römischen Rechts kaum minder notwendig sein, als sie bisher für die unmittelbare Anwendung desselben notwendig war; wenn man auch das, was im römischen Recht rein positiv ist und durch neue positive Vorschriften ersetzt wäre, ohne Schaden beiseite lassen könnte. So würde z. B. das Recht der Novelle 115 wohl niemand in den Vorträgen über römisches Recht schmerzlich vermissen. Diese Teile des römischen Rechts waren aber auch schon bisher die wertlosesten. Ob man nun, wenn man von diesem Standpunkte ausgeht, das römische Recht, soweit es zum Verständnis des neuen Rechts notwendig, selbständig vortragen, oder ob man mit der Lehre desselben sofort die Lehre des neuen Rechts verbinden solle, wäre eine Frage lediglich äußerer Zweckmäßigkeit. Das Wesentliche würde nur das sein, daß die Lehre des neuen Rechts nur auf Grundlage ausreichender Kenntnis des alten, der sich nicht allein die Lehrer, sondern auch die Lernenden nicht verschließen dürften, aufgebaut werden sollte.

So *sollte* es sein, vom wissenschaftlichen Standpunkte betrachtet! Eine ganz andre Frage ist es, ob es auch so sein *wird*. Offen gesagt, das glauben wir nicht. Das neue Zivilgesetzbuch wird — wie dies ja in der Natur einer Kodifikation liegt — äußerlich als selbständige ausschließliche Quelle des gesamten deutschen Zivilrechts sich darstellen. Das wird freilich, wenn wir das wirklich im Volke lebendige Recht damit vergleichen, eine Unwahrheit sein. Diese Unwahrheit mit unübertrefflicher Meisterschaft nicht allein für das Jahr 1814, sondern für alle Zeiten nachgewiesen zu haben, ist das Verdienst *Savignys*. Aber freilich werden

viele durch dieſe, man kann ſagen offizielle, Unwahrheit ſich täuſchen laſſen. Ja man wird ſich von manchen Seiten ſogar ſehr bereitwillig dieſer Täuſchung hingeben. Darin liegt die Gefahr aller Kodifikationen. Wenn man ſich heute, um dieſe Gefahr zu leugnen, auf die gute Wirkſamkeit des Handelsgeſetzbuchs beruft, ſo iſt das irrig. Das Handelsgeſetzbuch iſt keine Kodifikation in dieſem Sinne; es behält überall das gemeine Recht als Folie hinter ſich. Durch dieſe Ergänzung iſt ſeine Wirkſamkeit eine wohlthätige geworden. Wer nun jener Unwahrheit ſich hingiebt, wird dahin gelangen, daß das römiſche Recht fortan für unſre Studien überflüſſig ſei. Wozu hätten wir denn auch uns ein neues Zivilgeſetzbuch angeſchafft, wenn wir dieſen alten Quark noch ſtudieren ſollten? Das wird mehr und mehr die landläufige Anſicht werden. Dazu kommt noch folgendes. Mit dem Vorſchreiten der neuern Geſetzgebung iſt den Rechtsbefliſſenen die Bewältigung eines ungeheuern Memorierſtoffs zur Aufgabe geſtellt. Handelsrecht, Wechſelrecht, Strafrecht umfaſſen 1381 Paragraphen. Die zum Zweck der neuen Juſtizorganiſation erlaſſenen Reichsgeſetze haben 2297 neue Paragraphen in die Welt geſetzt. Rechnen wir nun noch das neue Zivilgeſetzbuch etwa zu 2322 Paragraphen [das erſchienene Geſetzbuch hat zuſammen mit dem Einführungsgeſetz 2397 Paragraphen], ſo wären es 6000 Paragraphen allein an Reichsgeſetzen, die unſre Studioſen ihrem Gedächtnis einprägen müßten. Dazu kommen noch die zahlreichen Paragraphen der Landesgeſetze. Daß alle dieſe Dinge gehörig memoriert werden müſſen, dafür wird ſchon das Schreckbild des Examens ſorgen. Werden da nicht unſre jungen Männer, gewiß nicht ohne Anſchein von Berechtigung, ſagen: „Wenn man uns ſo viel zu memorieren zumutet, kann man uns dann auch noch zumuten, juriſtiſch denken zu lernen? Das Geſetz denkt ja ſchon für uns; wozu brauchen wir es noch?“ Das iſt der Standpunkt, dem nur allzuleicht der Juriſt, der unter einer modernen Kodifikation arbeitet, ſich hingiebt. Dazu kommt endlich die

ganze Richtung unſrer Zeit, die wir hier nicht näher ausmalen wollen. Ob hiernach das gewiß höchſt anerkennenswerte Streben unſrer beiden Rechtslehrer, daß mehr das juriſtiſche Können als das juriſtiſche Wiſſen unſrer Jugend gefördert werden möge, ſich erfüllen wird, iſt uns mehr als zweifelhaft. Vielleicht werden manche unſrer Profeſſoren, zumal ſolche, die noch in dem Studium des römiſchen Rechts erzogen ſind und deshalb deſſen Bedeutung zu würdigen wiſſen, anfangs den Verſuch machen, das römiſche Recht als Gegenſtand akademiſcher Vorleſungen feſtzuhalten. Aber es wird ihnen ſchwerlich auf die Dauer gelingen. Wir halten den Gedanken, daß ſich unſre Studioſen der Zukunft, nachdem ſie alle unſre modernen Geſetzwerke ſtudiert, auch noch in der Form der Dogmengeſchichte dem Studium des römiſchen Rechts hingeben, oder daß ſie gar zwecks ihrer wiſſenſchaftlichen Ausbildung exegetiſche Kollegien über ſolches hören werden, nur für einen ſchönen Traum. Die Zeitrichtung, an der wir nun einmal nichts ändern können, wird darüber zur Tagesordnung hingehen.

Scherz und Ernst in der Jurisprudenz

[Kölnische Zeitung, 25. Januar und 1. Februar 1885]

Es ist ein merkwürdiges Buch, das unter dem obigen Titel im Verlage von Breitkopf und Härtel in Leipzig erschienen und von Rudolf v. Ihering als „eine Weihnachtsgabe für das juristische Publikum“ uns geboten worden ist. Den größten Teil des Buches füllt der Scherz aus; Besprechungen, die mit sprühendem Humor und Witz die Schwächen der heutigen Jurisprudenz, und zwar vorzugsweise der romanistischen Theoretiker, geißeln. In einer Schlußabhandlung zeigt dann der Verfasser, daß es ihm bei alle diesem Scherz doch sehr ernst zu Mute ist, indem er die Frage stellt und zu beantworten sucht: Wie kann es besser werden? Zum Teil ist der Inhalt des Buches nicht ganz neu. Im Eingange sind sechs „Vertrauliche Briefe über die heutige Jurisprudenz. Von einem Unbekannten“ abgedruckt, die der Verfasser unter strenger Anonymität während der Jahre 1861 bis 1866 in der damals herausgegebnen „Preußischen (deutschen) Gerichtszeitung“ erscheinen ließ. Bei der Fülle des Spottes, den er darin auf das juristische Treiben und die damals in der juristischen Litteratur hervorragenden Namen ergoß, machten diese Briefe das größte Aufsehen, und die Juristenwelt geriet darob in eine lebhafte, zum Teil leidenschaftliche Erregung. In unsrer schnelllebenden Zeit waren sie aber bereits so gut wie vergessen; und der inzwischen bekannt gewordne Verfasser verdient

unsern Dank, daß er diese köstlichen Perlen echten Humors durch Aufnahme in das vorliegende Buch der Vergessenheit entrissen hat. Die zweite Abteilung, „Plaudereien eines Romanisten," enthält „Bilder aus der römischen Rechtsgeschichte," die der Verfasser schon vor einigen Jahren in den zu Wien herausgegebnen „Juristischen Blättern" veröffentlicht hat. Es sind rechtsgeschichtliche Abhandlungen in humoristischer Form, die aber den ernsten Sinn des Verfassers darin erkennen lassen, daß sie im Gegensatz zu dem Kuriositätenkram, den unsre Neuern öfters aus den rechtsgeschichtlichen Instituten machen, die praktische Natur derselben in sehr drastischer Weise darstellen. Völlig neu ist die dritte Abteilung des Buches: „Im juristischen Begriffshimmel." Hier läßt der Verfasser wiederum seinem Humor und Spott voll die Zügel. Das Ganze stellt eine eigentümliche Vision dar: „Ich war gestorben. Eine Lichtgestalt empfing meine Seele bei dem Austritt aus dem Körper." Es ist der Seelenführer, der ihn in den Himmel zu führen berufen ist, wo die juristischen Theoretiker nur noch als reine Geister leben, ganz in die Wonne theoretischen Forschens versenkt, und wo die juristischen Begriffe in vollendeter, fleckenloser Reinheit und idealer Schönheit zu finden sind. Der Seelenführer belehrt ihn nun über diesen Himmel. Nirgends hat dort der Theoretiker noch mit der rauhen Wirklichkeit zu kämpfen. „Was du denkst, das ist, Gedanke und Wirklichkeit sind eins." Aber dieser Himmel ist auch nur für den Theoretiker. Die Praktiker kommen in einen andern Himmel, der noch zum Sonnensystem gehört, und wo noch atmosphärische Luft herrscht. In dem theoretischen Himmel würden sie schon wegen der dort herrschenden absoluten Finsternis sich nicht finden können. Das Auge des Theoretikers durchdringt dieses Dunkel. Es ist schon auf Erden daran gewöhnt. Um in diesen Himmel zu kommen, muß aber jeder Ankömmling erst eine Quarantäne durchmachen, um festzustellen, daß er auch keine atmosphärische Luft mitbringt. Denn diese ist dort Gift. Dann muß er eine

Prüfung bestehen. Unser Ankömmling darf sich jedoch nach Abhaltung der Quarantäne erst einmal diesen Himmel besehen und wird deshalb einem Wächter übergeben. Er fragt diesen, ob denn viele dorthin kommen? Es kommen nur wenige, und diese fast nur aus Deutschland, auch erst seit fünf bis sechs Jahrzehnten. Der erste, der sich meldete, nannte sich Puchta. Auch Savigny hat Aufnahme gefunden. Sein Buch über den Besitz gab den Ausschlag. Das römische Recht liefert die besten. Die meisten sind Professoren. Aber auch Mitglieder des Reichstags und der Parlamente werden aufgenommen. „Der unerschütterliche Glaube an die Herrschaft der Begriffe und der abstrakten Prinzipien ist allen gemeinsam."

Nun wird unser Ankömmling durch einen der seligen Geister in dem Himmel herumgeführt. Dieser weiht seinen Schützling in die himmlischen Freuden ein. Es geht zunächst zur Palästra, wo die seligen Geister ihre gymnastischen Übungen halten. Da ist eine Haarspaltmaschine, mittels deren man ein Haar in 999999 ganz genau gleiche Teile zerlegen muß. Dann eine Kletterstange, an der die juristischen Probleme hängen, die aber, wenn sie jemand herunter holt, immer wieder heraufgebracht werden müssen, damit auch noch andre zu klettern haben. Es folgen die juristischen Maschinen: ein Fiktionsapparat, ein Konstruktionsapparat (an dem gerade ein seliger Geist mit der äußerst schwierigen Konstruktion des „Vertrags" beschäftigt ist). Ferner eine Interpretationspresse, an der zwei Pumpen, ein Infiltrations- und ein Eliminationsapparat sich befinden, die Unglaubliches leisten. Es giebt dort auch eine Bohrmaschine, um den schwierigsten Fragen auf den Grund zu kommen; wobei es dann leicht vorkommen kann, daß der Bohrer hinten wieder herauskommt. (Solche verbohrte Stücke werden zur Abschreckung für andre aufbewahrt.) Endlich kommt die Schwindelwand, die unendlich schmale Grenzlinie zwischen Vernunft und Unsinn, von der gar manche in den Abgrund des Unsinns fallen, ohne aber

Schaden an ihren Köpfen zu nehmen, da diese schon darauf eingerichtet sind, einen Stoß zu vertragen.

Darauf geht es in die rechtshistorische Akademie, vorzugsweise bestimmt für die Restitution römischer Formeln und Texte. Hier wird eine unglaubliche Kunst in geistreichen Textkonjekturen geübt. Eine Versuchstafel wird vorgeführt, auf der nur vereinzelte Buchstaben stehen. Den Akademikern erwächst die Aufgabe, diese zu einem zusammenhängenden Text zu ergänzen. Jeder aber ist bisher zu einer andern Lösung gekommen. (Reiht man die Buchstaben der Tafel zusammen, so lauten sie: UNFRUCHTBARE SPIELEREIEN.)

Endlich wird unser Ankömmling zu einem Prachtbau geführt, zu der Begriffshalle, mit der zugleich das Cerebrarium und das anatomisch-pathologische Begriffskabinett verbunden ist. Im Cerebrarium wird die Hirnsubstanz für Theoretiker hergestellt. Das Gehirn derselben hat einen besondern mons idealis. Er verschafft dem Theoretiker die Gabe des idealen Denkens, das ihn befähigt, die juristischen Dinge ganz von ihrer praktischen Wirklichkeit und Realisierbarkeit zu lösen. Der Satz des Cartesius: Cogito ergo sum, wandelt sich bei ihnen zu dem Satz: Cogito ergo est. Außerdem wird in dem Cerebrarium auch noch eine besondre Gehirnsubstanz durch Zusatz einer Portion dichterischer Phantasie angefertigt für die rechtshistorische Intuition. Ist die Dosis zu stark genommen, so wenden sich die damit Begabten der Dichtkunst zu und schreiben Dramen, Novellen, Romane u. s. w. Bei mäßiger Dosis aber bleiben sie Juristen und laden in der Jurisprudenz ihre phantasievollen Ergüsse ab.

Jetzt treten unsre Wanderer in die Begriffshalle, in der ein Getümmel herrscht fast wie in der Hamburger Börse. Hier bewegen sich die juristischen Begriffe in lebendiger Gestalt, lauter majestätische, imposante Erscheinungen! Und nun folgt eine von Witz sprühende Aufführung der juristischen Begriffe unter vielfacher Hinweisung auf das, was die Theoretiker der letzten Tage daraus gemacht haben, höchst ergötz-

lich zu lesen. Damit aber der Sache der Ernst nicht fehle, wird das, was uns in dieser Darstellung so ergötzlich erscheint, durch zahlreiche am Schlusse zusammengestellte Anmerkungen als die wörtlichen Aussprüche namhaft gemachter Rechtsgelehrten nachgewiesen, die sich durch diese Zitate mutmaßlich nicht sehr geehrt fühlen werden.

Schließlich, nachdem er dies alles besehen, trägt unser Freund doch Bedenken, sich zu der Prüfung für diesen Himmel zu melden. Er will lieber in den Himmel der Praktiker. Auch sein Führer rät ihm dazu, weil doch auf Erden sein Blick immer zu sehr auf irdische Dinge gerichtet gewesen, er namentlich immer die thörichte Frage nach dem Warum? gestellt und dadurch die Reinheit der Begriffe entwürdigt habe. „Werde ich aber als Theoretiker dort Aufnahme finden?“ fragt unser Freund. „Da findet jeder Aufnahme, der sein juristisches Examen gemacht hat, und dazu gehört bekanntlich nicht viel. Vielleicht werden sie dir als Theoretiker noch einen Rechtsfall vorlegen, aber du kannst ganz unbesorgt sein, mit der Entscheidung nehmen sie es nicht so genau; sie machen auch an sich selber in dieser Beziehung keine sehr hohen Ansprüche, — wenn der Fall nur entschieden wird, auf das Wie kommt es nicht an.“ Nun wird der Seelenführer wieder gerufen. Sie durchmessen unendliche Räume. Die Dunkelheit mindert sich, und plötzlich erscheint die Sonne wieder. . . . „Ich atmete wieder atmosphärische Luft, ein Gefühl der Freiheit, des Lebens, des wonnigen Behagens durchdrang mich. Ich sah Bäume, Wälder, grüne Auen, Häuser, selbst Kegelbahnen. Hier wohnen Praktiker, sagte ich mir, hier herrscht Leben, hier wird dir wohl sein.“ Er wird angewiesen, sich anzumelden. Er klopft an. . . . Es ruft laut: „Herein!“

Da erwacht er. Er hat alles nur geträumt. Er ist an einem schönen Sommerabend auf dem Sofa eingeschlafen über der Lektüre einer der neuesten romanistischen Schriften. Er selbst hat „Herein“ gerufen, als der Briefbote anklopfte.

Dieser bringt ihm den Brief eines Freundes, der über eben jenes Buch mit den Worten Goethes sich ausspricht: In dürren Blättern säuselt der Wind! Unser Freund gelobt, das Buch nie wieder in die Hand zu nehmen, aus Furcht, wieder einzuschlafen, wieder zu träumen, dann aber vielleicht, statt in den Himmel, in die Hölle zu geraten. . . .

Soweit der Scherz des Buches. Natürlich war es in diesem kurzen Auszuge ganz unmöglich, den in jeder Zeile sprudelnden Geist wiederzugeben. Aber selten hat ein andres Buch uns ein so herzliches Lachen abgenötigt, wie dieses.

Zum Schlusse findet sich der Verfasser „wieder auf Erden." Er versichert, daß es ihm bitterer Ernst sei mit dem Angriff gegen die „Begriffsjurisprudenz," d. i. die Scholastik in der heutigen romanistischen Wissenschaft. In liebenswürdiger Aufrichtigkeit bekennt er, daß er selbst in frühern Jahren auf diesen Wegen gegangen, daß er aber einer innern Umwandlung unterlegen sei durch den Verkehr mit Praktikern, durch praktische Arbeiten, die an ihn herangetreten, und vor allem durch das Pandektenpraktikum, das er selbst gelesen habe. Dadurch sei er zu der Überzeugung gekommen, daß der beschrittene Weg nicht der richtige sei. „Es soll und muß anders werden mit unsrer romanistischen Theorie, in der bisherigen Weise kann es nicht so fortgehen, — sie muß ablassen von dem Wahn, als ob sie eine Mathematik des Rechts sei, die kein höheres Ziel kenne, als ein korrektes Rechnen mit Begriffen." Die verfehlte Richtung habe sich vor allem auf dem Gebiete des römischen Rechts entwickelt, weil an ihm die gesetzgeberischen Strömungen der Zeit fast spurlos vorübergegangen seien. Die alten Fragen darin seien ausgesogen. Neue seien nicht gegeben. Und da verliere man sich in der spielenden Dialektik, die die Begriffsjurisprudenz eröffne. Savigny habe diese Methode durch sein Erstlingswerk, den „Besitz" eingeleitet.

Zur Abhilfe schlägt Ihering drei Mittel vor. Erstlich:

Durchgang des Theoretikers durch die Praxis. Sodann: Ergänzung des theoretischen Unterrichts auf den Universitäten durch praktische Übungen, namentlich Pandektenpraktika. Er verlangt solche nicht allein im Interesse der Zuhörer, sondern auch der Lehrer — docendo discimus. Endlich verlangt er eine Umgestaltung des Examinationswesens. Er erklärt sich dabei mit Entschiedenheit dafür, daß ein dreijähriges Studium ausreiche. Als Examenarbeiten will er nicht theoretische Aufgaben, sondern praktische Fälle gestellt wissen. Für die Gestaltung der Examinationsbehörden werden umfassende Vorschläge gemacht.

Wir haben in Vorstehendem das Bild, das Ihering von der heutigen romanistischen Wissenschaft entwirft, möglichst getreu wiedergegeben. Hat ihn auch die Lust an Scherz vielleicht einzelne Züge etwas zu stark zeichnen lassen, so ist das Bild doch in seinen Grundzügen gewiß richtig. Ganze Bücher und Abhandlungen werden geschrieben; und wenn der Praktiker mit Mühe sich hindurchgelesen hat, so fragt er sich unwillkürlich: cui bono? Theorien werden aufgestellt, in denen die feinsten Unterscheidungen figurieren. Sucht aber der Praktiker sie aufs Leben anzuwenden, so versagen sie den Dienst, weil dieses für die Erkenntnis der aufgestellten Begriffe gar keine Handhabe bietet. Auch wir haben schon öfters im stillen den Wunsch gehegt, es möge doch jeder Theoretiker hinter jedem theoretischen Satz, den er aufstellt, an einem praktischen Beispiel zeigen, was dieser Satz eigentlich bedeute, und wie sich seine Annahme von der Annahme des Gegenteils unterscheide. Es würden freilich, wenn dies nötig wäre, viele juristische Schriften ungeschrieben bleiben. Jetzt lesen viele Praktiker solche Schriften gar nicht mehr. Die Litteratur zivilistischer Monographien ist in ihrem geschäftlichen Vertriebe die armseligste der Welt. Andrerseits wird man anerkennen müssen, daß gerade Ihering berufen ist, eine Kritik in dieser Richtung zu üben. Man muß seinen theoretischen Arbeiten die Gerechtigkeit widerfahren lassen, daß sie niemals

in gedankenlosen Phrasen sich ergehen, vielmehr stets praktische Ziele vor Augen haben. Das Selbstbekenntnis, wie er erst nach und nach dieser Richtung sich völlig zugewandt, ist höchst interessant, und vielleicht wird auch mancher Praktiker eines ähnlichen innern Entwicklungsganges sich bewußt sein. Ohne Zweifel haben die tiefgehenden Forschungen, die seinem neuesten größern Werke „Der Zweck im Recht“ zu Grunde liegen, ihn in dieser Richtung noch wesentlich bestärkt. Aber er sollte doch nicht verkennen, daß schon die Wendung nach dieser Richtung und noch mehr der Fortschritt in derselben nicht bloß auf seiner zufälligen Berührung mit der Praxis beruht, sondern noch durch etwas andres bei ihm bedingt ist. Das ist die Thatsache, daß ihm ein hervorragender praktischer Sinn innewohnt. Hätte Ihering, statt der Theorie, der Praxis sein Leben gewidmet, so wäre er ein ausgezeichneter Richter geworden. Wenn hiernach Ihering in der Praxis nur „des Lebens goldnen Baum“ erblickt, wenn er, sobald er in ihren Himmel sich hineindenkt, von wonnigem Behagen sich durchdrungen fühlt, so finden wir das von seinem Standpunkte ganz begreiflich und berechtigt. Aber fast möchten wir ihm zurufen:

Du bist dir nur des einen Triebs bewußt;
O lerne nie den andern kennen!

Die Praxis, wie sie Ihering vor Augen hat, als ein Land voll Sonnenschein und frischer Lebensluft, ist eine ideale Praxis. Eine solche besitzen wir nicht. Auch die Praxis setzt sich aus verschiednen Elementen zusammen, und in ihr kann man eine ähnliche Richtung bekämpfen, wie sie innerhalb der Theorie Ihering in der „Begriffsjurisprudenz“ bekämpfte. Auf der einen Seite stehen in der Praxis die vernünftigen Leute, die ein Recht sprechen wollen, das den wirklichen Lebensbedürfnissen entspricht. (Ihering selbst hat von ihnen in der Person seines „alten Amtmanns,“ von dem er Seite 50 berichtet, ein anmutiges Bild entworfen.) Sie besitzen mitunter nicht viel Gelehrsamkeit, aber sie haben ein richtiges

Gefühl für Recht, einen praktiſchen Takt. Dieſer hilft ihnen über unzählige Schwierigkeiten und auch über die Verkehrtheiten der Theorie hinweg. Aus dieſer machen ſie ſich etwas zurecht, was vielleicht wiſſenſchaftlich ſehr anfechtbar iſt; aber ſie kommen am rechten Ziele an. Vielfach ſind ſie ſich gar nicht bewußt, daß ſie ein andres Recht anwenden, als das von der Theorie gelehrte. Aber wenn man ihnen auch damit kommt, laſſen ſie ſich doch nicht dadurch irre machen. Sie haben das Gefühl: es muß ſo ſein; und das ſchlägt bei ihnen durch. Dieſer Richtung in der Praxis ſteht eine andre gegenüber, die man die theoretiſirende nennen kann. Es ſind das eben die Leute, denen das natürliche Rechtsgefühl fehlt. Sie beſitzen mitunter viel Gelehrſamkeit und liefern die ſchönſten wiſſenſchaftlichen Abhandlungen. Nur ſchade, daß ſie ſo leicht daneben ſchießen. Wo ihnen die eigne Gelehrſamkeit fehlt, da iſt „Windſcheid“ ihr Evangelium. Was in „Windſcheid“ ſteht, gilt; was nicht darin ſteht, gilt nicht. Ob dabei für das Leben etwas Vernünftiges herauskommt, das halten ſie vom juriſtiſchen Standpunkt für gleichgiltig. Ja, es ſcheint mitunter ſogar, als ob ſie gerade darin die Stärke der Jurisprudenz erblickten, daß ſie etwas Juriſtiſches zu Tage fördern, was menſchlich genommen ganz anders ſein müßte. Dieſe „Lehrbuchsjurisprudenz“ bildet in der Praxis ein völliges Seitenſtück zu der von Ihering geſchilderten „Begriffsjurisprudenz.“ Die ihr anhängenden Juriſten würden in dem „Begriffshimmel“ Iherings einen guten Platz finden.

Zwiſchen dieſen beiden Richtungen, die in ihrer konkreten Erſcheinung natürlich mit vielfachen Abzweigungen auftreten, ſchwankt die Praxis hin und her. Die letztgezeichnete Richtung wird allerdings in dem Äußerſten, was ſie leiſten kann, meiſt durch die Kraft der Kollegialität gebrochen werden. Aber ſie bringt doch auch oft ſiegreich durch, nicht bloß in den untern, ſondern auch in den obern Inſtanzen. Wollte Ihering wirklich einmal, wie er Seite 101 lachend verkündet, einen „Anti-

Seuffert“ schreiben, eine Zusammenstellung schreckhafter Entscheidungen, so würde er das Material dazu nicht weit zu suchen brauchen; er könnte es in Seuffert selbst finden. Bisher hat es nur noch an einem Ihering gefehlt, der auch der Praxis ihren Spiegel vorhielte.

Es ist überhaupt ein Irrtum, wenn man glaubt, Jurisprudenz sei eine Sache, die sich rein äußerlich erlernen lasse. Allerdings gehört Studium und Fleiß dazu, um etwas Tüchtiges darin zu leisten. Die richtige Anwendung des Gelernten ist aber schließlich doch nur eine Sache eines innern Sinnes und Gefühls. Wenn man freilich darauf unsre Lehrbuchsjuristen verweist, so ist es gerade so, als wenn man einem am Stockschnupfen Leidenden zumutete, etwas mit Hilfe des Geruchsinns zu erkennen.[a] Es verhält sich mit der Jurisprudenz wie mit der Übung einer Kunst. Auch dazu gehört vor allem ein innerer Sinn. Es giebt Unzählige, die mit Bravour Klavier trommeln oder Geige streichen, aber doch ihrem innern Wesen nach völlig unmusikalisch sind. Auch mit der Erlernung einer Sprache ist die Jurisprudenz vergleichbar. Wir lernen fremde Sprachen allerdings in der Weise, daß wir Worte und Regeln mit dem Gedächtnis erfassen. Damit wir aber die Sprache beherrschen, müssen doch diese Worte und Regeln lebendig in uns zusammenwachsen. Ein erheblicher Teil unsrer Juristen treibt Jurisprudenz ungefähr so, wie der Quartaner Latein schreibt: ein mühsam zusammengequältes Produkt aus Grammatik und Lexikon (d. h. aus Lehrbuch und Präjudizienssammlung).

Gleichwohl stimmen wir Ihering darin bei, daß die Praxis immerhin eine gewisse schützende Kraft in sich trägt gegen die Verirrungen der Theorie. Und deshalb sind wir

---

[a] Diese unschuldige Bemerkung scheint es gewesen zu sein, was Windscheid veranlaßt hat, bei einem kurz nachher gehaltenen öffentlichen Vortrage zu sagen: man verlange von der Jurisprudenz sogar, daß sie das Recht rieche.

durchaus mit ihm einverstanden, daß unsre Rechtslehrer, ehe sie ihr theoretisches Leben beginnen, durchweg einen praktischen Kursus durchmachen sollten. Ja, wir würden es für sehr wünschenswert halten, wenn sie sich, auch nachdem sie ihre Lehrthätigkeit begonnen, noch in fortwährender Verbindung mit der Praxis hielten, also namentlich Beisitzer eines Richterkollegs würden. Fehlt es ihnen nicht an praktischem Sinn, so würde diese Verbindung mit der Praxis reichlich in ihrer Lehrthätigkeit sich lohnen. Sie würden dadurch namentlich erst recht befähigt werden, fruchtbringende Praktika zu lesen. Endlich stimmen wir auch darin Ihering bei, daß die Prüfungsaufgaben für unsre jungen Juristen nicht gelehrte Abhandlungen, sondern die Beantwortung praktischer Fragen aus dem gewöhnlichen Leben, deren es schwierige genug giebt, zum Ziel nehmen sollten.

Noch nach einer andern Seite hin möchten wir den Ausführungen Iherings einige Ergänzungen beifügen. Er bezeichnet vorzugsweise das römische Recht als das wissenschaftliche Element, das zu den von ihm geschilderten Entartungen der Theorie führe, weil es von dem großen Strome des Lebens völlig seitab liege. Nun kann man ja zugestehen, daß die Behandlung des römischen Rechts mehr als die Behandlung neuerer Gesetzwerke der Gefahr einer exzentrischen, den praktischen Boden verlassenden Richtung unterliegt. Aber betrachten wir nun einmal die Rechtswissenschaft, die sich auf Grund solcher neuen Gesetzwerke entwickelt hat. Ist denn diese etwas durchweg Gesundes, woran man seine Freude haben könnte? Wie ist es auf dem Gebiete des französischen Rechts? Wie auf dem Gebiete des preußischen Landrechts?

Die Entwicklung der französischen Rechtswissenschaft auf ihrem heimatlichen Boden ist dem Schreiber dieses nicht so genau bekannt, daß er ein absprechendes Urteil fällen möchte. Aber der Stand wissenschaftlicher Bildung, den er bei rheinischen Juristen zu beobachten Gelegenheit gehabt, hat in ihm

nicht die Überzeugung geweckt, daß das französische Recht eine größere Wissenschaftlichkeit in sich trage als das gemeine Recht. Möglich, daß die französischen Juristen — wie Ihering Seite 348 bemerkt — an praktischem Takt die deutschen im allgemeinen überragen. Indessen machen doch manche französische Urteilssprüche, die in weitern Kreisen bekannt werden (z. B. über Entschädigungsansprüche), mitunter einen recht excentrischen Eindruck. Und wenn man gar die schwurgerichtlichen Entscheidungen Frankreichs in Betracht zieht, so kann man zu der Ansicht gelangen, daß dort der Rechtssinn nicht sehr hoch stehe.

Was die Wissenschaft des preußischen Landrechts betrifft, so würde es sehr unrecht sein, das Landrecht selbst seinem geistigen Inhalt nach gering zu schätzen. Seine Verfasser waren höchst geistvolle Männer, mit einem hervorragenden praktischen Rechtssinn begabt. Das leuchtet aus unzähligen Bestimmungen des Landrechts durch. Auch ist nicht zu bezweifeln, daß unter den preußischen Juristen nicht minder natürlicher Rechtssinn zu Hause ist, wie unter den Juristen des übrigen Deutschlands. Hat sich nun aus dem preußischen Landrecht eine Rechtswissenschaft entwickelt, an der man seine Freude haben könnte? Wer öfters Gelegenheit gehabt hat, wissenschaftliche Arbeiten auf diesem Gebiete kennen zu lernen, wird dies schwerlich behaupten. Allerdings trifft man dort keine solche phantastischen Juristen, wie in den Kreisen unsrer Romanisten. Die Phantastik vergeht einem, wenn man sich stets mit Paragraphen herumzuschlagen hat. Aber aus dieser „Paragraphen-Jurisprudenz" entwickelt sich leicht eine Geistlosigkeit, die noch erschreckender wirkt als jene Phantastik. Wo der preußische Jurist seinem natürlichen Rechtssinn Folge geben möchte, schlottern ihm stets die unzähligen Vorschriften seines Landrechts um die Beine. Was sagt dieser Paragraph? was jener? Steht der und der Paragraph nicht entgegen? Das ist der regelmäßige Inhalt landrechtlicher Erörterungen, die sich fast ausnehmen wie ein Rennen mit

Hindernissen. In dieser ständigen Fesselung durch den Buchstaben des Gesetzes entwöhnt sich der Jurist nur allzu leicht des eignen Denkens: Er vergißt ganz die Frage, deren Stellung und Beantwortung schließlich doch allein eine fruchtbringende Anwendung des Gesetzes bedingt, die Frage „Warum?“ Und daher kommt es, daß preußische Juristen öfters die Bestimmungen ihres eignen Landrechts nicht mehr recht verstehen.

Nun wird man vielleicht sagen, hier handle es sich um veraltete Gesetze. Man wird auf die vielbesprochne „Kasuistik“ des Landrechts hinweisen, die die Entfaltung einer gesunden Wissenschaft schwierig gemacht habe. Aber ist denn nun aus unsern neuern Gesetzen eine erfreuliche Wissenschaft hervorgegangen? — Die Zivilprozeßordnung ist ein Gesetz, bei dem sehr viel geistige Kraft verwendet, man möchte sagen verschwendet ist. Sie galt, als sie erlassen wurde, den meisten für ein Werk von fast idealer Vollkommenheit. Wie sieht denn nun aber die aus ihr hervorgegangne Wissenschaft aus? Man betrachte einmal die einschlagende Litteratur. Schon in ihrem Umfange ist sie wahrhaft schreckenerregend. Da kommt zunächst die ganze Schar dickleibiger Kommentare. Dann die namenlose Menge selbständiger Abhandlungen, teils in Monographien, teils in Zeitschriften, die bereits zu einer stattlichen Sammlung von Bänden herangewachsen sind. Die Zahl dieser prozessualischen Werke beträgt schon mehr als tausend, und ihr Verzeichnis füllt einen ganzen Band. Es ist, als ob jeder Paragraph dieser neuern Gesetze eine ganze Pandorabüchse von Streitfragen eröffnete. Und welche kläglichen Fragen sind es meist, um die es sich dabei handelt! Aber alles, was eine Feder führt, der Oberlandesgerichtsrat wie der Amtsrichter, der Professor wie der Rechtsanwalt, stürzt sich darauf und behandelt diese Fragen „wissenschaftlich.“ Und wie selten findet man in diesen Arbeiten noch eine Erinnerung daran, daß die Rechtswissenschaft doch eigentlich eine Wissenschaft des Vernünftigen sein sollte! Es ist ein Rechnen mit den

Buchstaben, das noch weit schlimmer ist als alles Rechnen mit Begriffen. Möchte doch Ihering, wenn er einmal (wie er S. 361 andeutet) in seiner romanistischen Litteratur sich recht unglücklich fühlt, in diese Prozeßlitteratur hineinsteigen. Das würde ihn sicherlich trösten. Er würde dann in die Worte ausbrechen: „Ich danke dir, Gott, daß ich nicht Prozessualist geworden bin"; und er würde vielleicht auch mit Faust ausrufen:

Wie nur dem Kopf nicht alle Hoffnung schwindet,
Der immerfort am schalen Zeuge klebt,
Mit gier'ger Hand nach Schätzen gräbt,
Und froh ist, wenn er Regenwürmer findet!

Uns wenigstens wundert es nicht, daß inmitten dieses modernen Treibens jeder junge Jurist, der noch gesundes Leben in sich fühlt, aus der eigentlichen Justiz womöglich Reißaus nimmt und einem andern Fache zueilt. Freilich hat dies die Folge, daß die Justiz noch immer mehr geistig verarmt.

Trotz aller „Begriffsjurisprudenz" in der romanistischen Litteratur dürfte hiernach doch, soweit wir die Dinge überblicken, im Gebiete des auf römischen Grundlagen sich bewegenden gemeinen Rechts noch das gesundeste wissenschaftliche Leben herrschen. Der Grund dafür liegt darin, daß uns im römischen Recht eine wirkliche Wissenschaft hinterlassen ist, die auch in ihrer heutigen Anwendung noch dem freien Gedanken und dem lebendigen Fortschritt einen gewissen Spielraum läßt. Wenn auf Grund einer neuern Kodifikation das Handelsrecht eine im ganzen nicht ungünstige Ausbildung gewonnen hat, so liegt ein Hauptgrund dafür sicherlich darin, daß bei ihm das gemeine Recht als Folie im Hintergrund steht und belebend einwirkt; wobei auch noch in Betracht kommt, daß im Handelsstand selbst ein starkes Rechtsbewußtsein ausgebildet ist, das auf das Juristenrecht nicht ohne Einfluß bleibt.

Im allgemeinen sind aber unsre geisttötenden Paragraphensammlungen noch weniger erquicklich als alle juristischen Dithyramben eines Kuntze oder Schloßmann. Diese braucht niemand zu lesen. Vor der leidigen Paragraphen-Jurisprudenz kann sich aber heute niemand mehr retten.

Das Börsenspiel und die Gerichtspraxis

[Grenzboten 1893 III, S. 57]

Einen wesentlichen Bestandteil unsers Wirtschaftslebens bildet der Austausch der Güter. In den ersten Zeiträumen des menschlichen Zusammenlebens ging ohne Zweifel dieser Austausch an den zur Benutzung oder zum Verbrauch bestimmten Sachen unmittelbar vor sich. Hatte der eine Überfluß an Getreide, der andre Überfluß an Vieh, so tauschten beide diesen Überfluß aus, und darin lag für beide ein wirtschaftlicher Vorteil. Mit der Erfindung des Geldes trat die Änderung ein, daß dieses, das ja für sich selbst keiner Benutzung und keinem Verbrauch unterliegt, den Austausch vermittelte. Wer sich also ein Gut, dessen er zur Benutzung oder zum Verbrauch bedurfte, verschaffen wollte, gab dafür so und so viel in seinem Besitze befindlichen Geldes hin. Dem andern Teile war damit die Möglichkeit gegeben, sich für das Geld seinerseits wieder ein Gut, dessen er bedurfte, zu verschaffen. So trat an die Stelle des unmittelbaren Austauschs der Güter der Kauf. Auch der Kauf hat in seiner Grundbedeutung den Zweck, den Genuß der Güter zwischen deren Erzeugern auszugleichen und relativ allen gemeinsam zu machen. So bildet er den wichtigsten Bestandteil unsers Wirtschaftslebens.

Natürlich kann der, der eine Sache kauft, statt sie selbst zu benutzen, sie auch gleich wieder verkaufen. Ja es kann schon bei dem Kaufe ein solcher Wiederverkauf seine Absicht sein, wobei er einen höhern Preis wird beziehen wollen, als

er ſelbſt bei dem Kauf gegeben hat. Er gewinnt alsdann die Differenz zwiſchen dem von ihm gegebnen und dem von ihm bezognen Preiſe. Allerdings wird dadurch der erſte Verkäufer in gewiſſem Sinne benachteiligt. Er würde gern ſelbſt die Sache unmittelbar an den zweiten Käufer für den höhern Preis verkauft haben. Und auch der zweite Käufer wird inſofern benachteiligt, als er gewiß lieber die Sache unmittelbar von dem erſten Verkäufer für den niedrigern Preis gekauft hätte. Aber beide können ſich doch deshalb nicht verletzt fühlen. Weder der erſte Verkäufer hat den zweiten Käufer, noch der zweite Käufer den erſten Verkäufer aufzufinden gewußt. Deshalb müſſen ſie ſich gefallen laſſen, daß der zwiſchen ihnen ſtehende Händler auf ihre Koſten einen Gewinn zieht. Er zieht ihn als Belohnung für die wirtſchaftlich wertvolle Thätigkeit, einerſeits den Verkäufer und andrerſeits den Käufer aufgefunden und ſo den Austauſch zwiſchen beiden vermittelt zu haben. Hierin beſteht die Thätigkeit des Zwiſchenhandels, dieſes durchaus berechtigten Gliedes unſers Wirtſchaftslebens.

Nun kann ein wirtſchaftliches Bedürfnis beſtehen, Kaufgeſchäfte, ſei es zur eignen Benutzung der Sache, ſei es zum Wiederverkauf, in der Art abzuſchließen, daß das Geſchäft erſt zu einer beſtimmten ſpätern Zeit erfüllt werden ſoll. Der Käufer kann das Bedürfnis haben, ſich für einen ſpätern Zeitpunkt den Empfang der Ware zu einem jetzt ſchon beſtimmten Preiſe zu ſichern. Der Verkäufer kann in ähnlicher Weiſe das Bedürfnis haben, ſich für eine Ware, die er erſt zu einem ſpätern Zeitpunkt zu liefern imſtande iſt, ſchon jetzt die Abnahme zu einem beſtimmten Preiſe ſichern. Auch das ſind durchaus berechtigte wirtſchaftliche Intereſſen, denen das Recht ſeinen Schutz nicht verſagen kann.

Einen ganz eigentümlichen Charakter nehmen aber dergleichen auf Zeit geſtellte Kaufgeſchäfte an, wenn eine Ware in Frage ſteht, bei der man nicht erſt nach einem Verkäufer und Käufer zu ſuchen braucht, die vielmehr infolge eines ſtändigen Angebots und Begehrs an beſtimmten Orten

— nämlich an den Börsen der sogenannten Börsenplätze — dergestalt gehandelt wird, daß sich für sie ein jeweilig genau bestimmbarer Preis — der sogenannte Kurswert — bildet. Auch eine solche Ware kann natürlich zu dem Zwecke auf Zeit gehandelt werden, daß durch die wirkliche Lieferung ein wirtschaftliches Bedürfnis des Käufers, der sie empfangen will, und des Verkäufers, der sie liefern will, erfüllt wird. Sie kann aber auch zu einem ganz andern Zwecke gehandelt werden. Es ist nämlich klar, daß, wenn zu dem Zeitpunkt der vereinbarten Lieferung der Kurswert der Ware im Vergleich mit dem dafür versprochnen Preise gestiegen ist, der Käufer, der die Ware sofort wieder an der Börse zum Kurswert losschlagen kann, damit einen der Differenz zwischen beiden Preisen entsprechenden Gewinn macht, und daß er umgekehrt, wenn der Kurswert der Ware im Vergleich mit dem dafür versprochnen Preise gesunken ist, einen dieser Differenz entsprechenden Verlust erleidet. Gewinn und Verlust des Käufers sind dann zugleich Verlust und Gewinn des Verkäufers.

Dieses ständige, von zufälligen Umständen abhängende Schwanken des Kurswertes bestimmter Waren eröffnet nun die Möglichkeit eines Geschäftsbetriebes, der wirtschaftlich eine ganz andre Bedeutung hat, als die des gewöhnlichen Güteraustausches. A kann zu B sagen: Die und die Ware hat heute einen Kurswert von m. Vereinigen wir uns dahin, daß, wenn an dem und dem Tage die Ware den Kurswert von $m + x$ hat, du mir x herauszahlst; daß dagegen, wenn an dem fraglichen Tage die Ware einen Kurswert von $m - x$ hat, ich dir x herauszahle. Geht B hierauf ein, so haben sie ein Rechtsgeschäft geschlossen, das auf nichts andres, als auf ein Spiel oder eine Wette hinausläuft.

Rechtsgeschäfte dieser Art sind wirtschaftlich völlig wertlos. Denn darin, daß der eine Geld gewinnt, der andre Geld verliert, liegt keine Vermehrung des öffentlichen Wohlstandes. Deshalb und weil zugleich solche Geschäfte einer der gefähr-

lichsten Leidenschaften der Menschen, der Spielsucht, fröhnen, haben die Gesetze sie für unverbindlich erklärt, sodaß daraus keine Klage gestattet ist. Diese gesetzliche Vorschrift würde also auch das in Vorstehendem gedachte Differenzgeschäft treffen.

Nun kann aber dieses Rechtsgeschäft auch noch in einer andern, einer verschleierten Form abgeschlossen werden. A schließt mit B einen auf Zeit gestellten Kaufvertrag über die Ware m ab, wonach diese Ware zu einem jetzt schon bestimmten Preise an einem bestimmten spätern Tage geliefert werden soll. Nimmt dann am Lieferungstage A dem B die Ware nicht zu dem vereinbarten Preise in Natur ab, und ist inzwischen der Kurswert der Ware gesunken, so löst sich der Anspruch aus dem Kaufvertrag in einem Entschädigungsanspruch des B wider den A auf, der sich auf die Differenz der beiden Preise richtet. Umgekehrt hat, wenn B nicht in Natur liefern will, A wider ihn einen Entschädigungsanspruch, der der Differenz der beiden Preise entspricht. Ist es nun von vornherein Absicht beider Teile, daß gar nicht in Natur geliefert werden soll, so liegt es auf der Hand, daß der in der Form eines Kaufs abgeschlossene Vertrag seiner wirtschaftlichen Bedeutung nach nichts andres ist, als ein Differenzgeschäft der oben beschriebnen Art.

Bei der rechtlichen Beurteilung von Rechtsgeschäften aber, die aus wirtschaftlichen Gründen einer Beschränkung unterliegen, kommt es nicht darauf an, wie die Parteien das Geschäft benennen, sondern darauf, was sein wirklicher Inhalt und Kern ist.

Bei den Börsen sind solche Käufe und Verkäufe auf Zeit in beständiger Übung. Dabei kommen folgende charakteristischen Erscheinungen vor. Nur bestimmte Papiere — die sogenannten Spekulationspapiere — sind Gegenstand von Zeitgeschäften. Diese Zeitgeschäfte werden auch nicht über beliebige Quantitäten, sondern immer nur über gewisse durch Übung festgestellte größere Einheiten oder deren vervielfachte

Beträge geschlossen. So ist es z. B. bei der Berliner Börse üblich, daß stets über fünfzig Stück Franzosen, Lombarden, Kreditaktien oder über Eisenbahnaktien, Bankaktien u. s. w. für fünfzehntausend Mark gehandelt wird. Als Lieferungstag werden auch nicht beliebige Tage bestimmt, sondern es wird stets auf den letzten des Monats (Ultimo) das Geschäft abgeschlossen. So bildet das Ultimogeschäft über Papiere der gedachten Art in den bezeichneten festen Quantitäten einen Hauptbestandteil des heutigen Börsenverkehrs.

Schon diese gleichmäßige Übung beweist den Charakter, der diesem ganzen Geschäftsbetrieb innewohnt. Es ist ja denkbar, daß für jemanden wirklich ein Kapital gerade am letzten des Monats verfügbar wird, und daß er wirklich die Absicht hat, dieses Kapital in einem der bezeichneten Papiere, und zwar gerade in einem den gedachten Quantitäten entsprechenden Maße anzulegen. Dann würde es sich, wenn er z. B. fünfzig Stück Kreditaktien, lieferbar am letzten des Monats, kaufte, um einen wirklichen Kauf für den wirtschaftlichen Zweck einer Kapitalanlage handeln. Aber es wäre doch sehr sonderbar, wenn sich Käufe und Verkäufe, die in Wahrheit einem solchen wirtschaftlichen Zwecke dienten, beständig in jener schablonenhaften Form wiederholten. In Wahrheit ist das undenkbar. Vielmehr kann man von vornherein annehmen, daß diese Zeitgeschäfte mit verschwindenden Ausnahmen nichts andres sind als Spekulationsgeschäfte, bei denen es den Abschließenden nur darum zu thun ist, die Differenz zu gewinnen. Das ist auch eine ganz notorische Thatsache. An diesem Spiele beteiligen sich aber nicht bloß Leute, die an der Börse zu Hause sind, sondern auch unzählige andre aus dem großen Publikum, die der Spielteufel erfaßt hat.

Die große Mehrzahl der Börsenspieldilettanten schließt ihre Spekulationsgeschäfte in der Form des Ankaufs von Börsenpapieren ab, spekuliert also auf das Steigen dieser Papiere (à la hausse). Sie geben einem Bankier des Börsenplatzes Auftrag, eine bestimmte Quantität Papiere für sie zum

Tageskurs zu kaufen. Der Bankier meldet sofort den Ankauf als besorgt. Wohnt der Spekulant nicht an einem Börsenplatze, so kann er auch einen Bankier seines Wohnorts angehen, der dann durch einen Bankier des Börsenplatzes den Ankauf besorgen läßt. Ja es werden sogar von manchen Bankiers Agenten und Reisende gehalten, die beauftragt sind, Leute, die ihnen begegnen, zum Börsenspiel zu verlocken. Natürlich bezieht jeder Bankier für seine Bemühung eine Provision. Mitunter fordert auch der mit dem Ankauf beauftragte Bankier eine gewisse Deckung. Diese braucht aber nicht höher zu sein, als der etwa zu erwartende Differenzverlust. Kommt nun Ultimo, so meldet der Bankier des Börsenplatzes: „Wir haben heute die und die Papiere für Sie in Empfang und in Depot genommen und Sie dafür mit so und so viel (dem Ankaufspreis) belastet.“ Nun ist also der Spekulant zwar Eigentümer der Papiere, aber Besitzer ist der Bankier geblieben, der sie zu seiner Sicherheit für den geschuldeten Kaufpreis inne behält. Hat der Spekulant Geld genug, sie zu bezahlen, so kann er sie vom Bankier einlösen; und dann kann er sie, wenn sie inzwischen gefallen sind, liegen lassen, bis sie vielleicht wieder steigen. Kann oder will aber der Spekulant die Papiere nicht abnehmen, so bringt sie der Bankier, um sich für den Ankaufspreis bezahlt zu machen, wieder an der Börse zum Verkauf. Sind inzwischen die Papiere gestiegen, so bleibt der Bankier die Differenz schuldig, und dieser hat im Spiele gewonnen. Ist aber inzwischen der Preis der Papiere gesunken, so bleibt der Spekulant die Differenz dem Bankier schuldig; sie bildet seinen Verlust.

Dieses bis tief in die mittlern Schichten unsers Volkes eingerissene Börsenspiel erweist sich nun für weite Kreise höchst verderblich. Stünde sich die Aussicht auf Steigen und Fallen der Papiere stets gleich, so könnte man annehmen, daß bei einem solchen Verkehr der Spekulant eben so oft gewinne als verliere, daß sich daher Gewinn und Verlust für ihn ausglichen. In Wahrheit liegt aber die Sache nicht

ſo. Die Lage des Spekulanten, zumal wenn er nicht an dem Börſenplatze zu Hauſe iſt, iſt inſofern minder günſtig, als der Händler in der Regel die Verhältniſſe beſſer überſieht und nur Geſchäfte eingeht, bei denen die größere Wahrſcheinlichkeit des Vorteils für ihn iſt. Dazu kommt dann noch der Verluſt, den der Spekulant durch die ſtets fällig werdenden Proviſionen erleidet. Im allgemeinen hat alſo der Spekulant (ähnlich dem Spieler am Roulettetiſche) mehr Ausſicht auf Verluſt als auf Gewinn. Gleichwohl verführt das Streben nach müheloſem Erwerb Unzählige dazu, an der Börſe zu ſpielen. Und daher kommt es, daß ſich das Börſenſpiel für unſer Volksleben ſo verderblich erweiſt. Gar viele anſcheinend geſetzte und ſolide Männer, von denen niemand ſo etwas ahnt, ſpielen heimlich an der Börſe und richten ihr Vermögen zu Grunde. Hier und dort hört man, daß ein Geſchäftsmann, der anſcheinend in blühenden Verhältniſſen lebt, bankerott geworden iſt, vielleicht ſchwere Verbrechen begangen und viele Menſchen unglücklich gemacht, vielleicht auch durch Selbſtmord geendet hat; und wenn man nach dem Grunde fragt, ſo heißt es: er hat an der Börſe geſpielt. Das Vertrauen in Handel und Wandel leidet dadurch die bitterſten Täuſchungen.

Ebenſo wie an der Fondsbörſe werden auch an der Warenbörſe Zeitgeſchäfte, nicht immer im Sinne wirklicher Käufe und Verkäufe, ſondern als Spekulationsgeſchäfte abgeſchloſſen; und leider beteiligen ſich auch bei dieſen Geſchäften oft ſolche, die nach ihren perſönlichen Verhältniſſen dem Warenhandel ganz fern ſtehen.

Unterläßt es der Börſenſpieler, die vielleicht von längerer Zeit her aufgelaufnen Differenzen zu bezahlen, ſo klagt ſie der Bankier gegen ihn ein, und damit kommt die Sache vor die Gerichte. Wie haben ſich nun die Gerichte dieſem Unweſen gegenüber verhalten? Natürlich tritt für ſie die Frage hervor: Sind ſolche Zeitgeſchäfte wirkliche Kaufgeſchäfte, oder ſind ſie nicht vielmehr bloß Hazardſpiele, aus denen das Geſetz keine Klage geſtattet? Da haben nun die Gerichte

gesagt: Wir können, wenn der Vertrag in der Form eines Kaufgeschäfts abgeschlossen ist, der Sache nicht ansehen, ob dabei im wirtschaftlichen Sinne wirklich ein Kauf oder nur ein Differenzgeschäft beabsichtigt ist. Wir müssen also das Geschäft so nehmen, wie es sich seiner äußern Erscheinung nach darstellt, d. h. als Kauf, und als solcher ist es klagbar.

Wie sehr in dieser Richtung die Gerichte für das, was anscheinend sonnenklar vorliegt, bisher die Augen zu verschließen geneigt waren, dafür kann folgendes Beispiel zum Beleg dienen. In einem Falle hatte der Agent eines Händlers einen Kunden aufgefordert, in Roggen zu spekulieren. Er solle mit der ganzen Sache dabei nichts zu thun haben, bekomme die Ware nicht zu sehen, habe nichts zu liefern, nur die Differenz zu zahlen; worauf dann der Angegangne erwiderte: Meinetwegen, ob ich da oder dort spiele, ist mir gleichgiltig. Das Reichsgericht beurteilte diesen Fall dahin: es sei nur behauptet worden, daß der Kunde über die wirtschaftliche Folge des Geschäftes und über die Art der Abwicklung solcher Geschäfte an der Börse aufgeklärt worden und seine Absicht, zu spielen, kund gegeben habe, dagegen nicht, daß auch der Agent dieselbe Absicht kund gegeben habe. Für den gebildeten Laien sind solche Entscheidungen der Gerichte schwer begreiflich.

Wie man nun auch über diese Richtung der Praxis und die in ihr herrschend gewordne Nichtbeachtung der bei solchen Zeitgeschäften auf ein Spiel hinweisenden Umstände denken mag, so kann doch zu den sonstigen Umständen noch ein weiterer hinzutreten, der gewissermaßen dem Faß den Boden ausschlägt, und der, wo er vorliegt, an der Natur eines solchen Geschäfts als eines bloßen Spielgeschäftes keinen Zweifel läßt.

Es werden nämlich Zeitgeschäfte an der Börse nicht immer etwa nur in dem Umfange abgeschlossen, daß der Käufer mit seinem Vermögen die gekauften Gegenstände auch wirklich bezahlen, der Verkäufer sie auch wirklich liefern könnte. Vielmehr werden Zeitgeschäfte über Quantitäten abgeschlossen, die weit über das Vermögen der Abschließenden hinausgehen.

Wer ein Vermögen von 10000 besitzt, läßt Effektenkäufe über 100000, wer 100000 besitzt, Warenkäufe für Millionen an Wert für sich abschließen. Ja es kommt an der Warenbörse mitunter vor, daß Quantitäten gehandelt werden, die bei weitem das übersteigen, was überhaupt von der betreffenden Ware in der Welt vorhanden ist. Wo die Sache so liegt, da ist es doch gar nicht zu verkennen, daß die Beteiligten nicht die Absicht gehabt haben können, ein durch wirkliche Lieferung zu vollziehendes Geschäft abzuschließen, daß es ihnen vielmehr nur um die Differenz zu thun gewesen ist.

Gleichwohl haben die Gerichte auch gegen diesen Umstand lange Zeit die Augen verschlossen. Endlich, endlich aber hat sich das Reichsgericht ermannt, und seit dem Frühjahr 1892 sind mehrfache Entscheidungen ergangen, die aussprechen, daß, wo der Vermögensstand der Beteiligten der Art ist, daß darnach an einen wirklich zu vollziehenden Kauf oder Verkauf der gehandelten Mengen gar nicht gedacht werden kann, nur ein Differenzgeschäft vorliege, und dann keine Klage statthaft sei. Darnach sind mehrfach Klagen auf Zahlung von Differenzen, die aus Geschäften der gedachten Art aufgelaufen waren, für unbegründet erklärt worden.[1])

Betrachten wir nun zunächst, wie diese Praxis des Reichs-

---

1) Bereits im Jahre vorher hatte der Verfasser dieses Aufsatzes in seinem „Gegenentwurf zum bürgerlichen Gesetzbuch" folgenden Paragraph 705 vorgeschlagen: „Ein in der Form eines Lieferungsvertrags über eine kursmäßig gehandelte Ware abgeschlossener Vertrag, der lediglich darauf gerichtet ist, daß der eine dem andern die an dem festgesetzten Lieferungstage bestehende Differenz zwischen dem bedungnen und dem kursmäßigen Preise der Ware herauszahle (Differenzgeschäft), ist als Wette anzusehen. Der Abschluß eines solchen Geschäfts ist insbesondre dann als beabsichtigt anzunehmen, wenn eine wirkliche Lieferung nicht erfolgt und aus dem Mißverhältnis zwischen der bedungnen Lieferung und den Vermögensverhältnissen der Beteiligten oder eines derselben zu entnehmen ist, daß eine solche auch nicht beabsichtigt war." — Eine lesenswerte Besprechung und Rechtfertigung der neuen Praxis hat Reichsgerichtsrat Dr. Dreyer geliefert (Sächs. Archiv für bürgerl. Recht, Band 2, S. 401).

gerichts, wenn ſie zur vollen Durchführung kommt, wirken wird, ſo liegt es freilich auf der Hand, daß damit nicht alle in der Form von Kaufgeſchäften ſich bewegenden Differenzgeſchäfte aus der Welt geſchafft ſein werden. Jene Praxis ſtellt nur für Geſchäfte der fraglichen Art eine neue (auf dem Gebiete des Indizienbeweiſes liegende) Beweisregel auf, wonach in gewiſſen Fällen ihre unverkennbare Eigenſchaft als Differenzgeſchäfte angenommen werden ſoll. Daneben können unzählige Geſchäfte vorkommen, die in Wahrheit nichts andres als Differenzgeſchäfte ſind, die aber von jener Beweisregel nicht erfaßt werden und deshalb als legitime Kaufgeſchäfte durchlaufen. Aber jene Beweisregel würde doch gerade die ſchlimmſte Art von Differenzgeſchäften treffen. Wenn wohlhabende und reiche Leute Geſchäfte über Quantitäten abſchließen, zu deren Bezahlung ihr Vermögen ausreicht, ſo wird, wenn ſie dabei hineinfallen, von dem Verluſt regelmäßig nur ein geringer Teil ihres Vermögens betroffen werden, und ſie werden darüber nicht zur Grunde gehen. Den Verluſt, den ſie erleiden, mögen ſie als Strafe für ihr leichtſinniges Spiel hinnehmen. Wahrhaft verderblich aber erweiſt ſich das Börſenſpiel für die kleinen Leute, die ſich herbeilaſſen, Ultimogeſchäfte über Quantitäten abzuſchließen, die vielleicht das Zwanzigfache ihres ganzen Vermögens ausmachen. Denn alsdann können die von ihnen zu zahlenden Differenzen leicht ihr ganzes Vermögen erſchöpfen, ja ſie vielleicht noch darüber hinaus in Schulden ſtürzen. Solchen Geſchäften würde durch die oben gedachte neue Praxis des Reichsgerichts die Spitze abgebrochen werden.[2]) Es würde

2) Der Verfaſſer hatte ſchon als Referendar — alſo nun vor fünfzig Jahren — einen Rechtsfall zu bearbeiten, der einen tiefen Einblick in ſolche Verhältniſſe gewährte. Ein heſſiſcher Steuerinſpektor, der ein kleines Vermögen beſaß, hatte ſich verleiten laſſen, in Eiſenbahnaktien zu ſpekulieren, und einem Frankfurter Bankier wiederholt Auftrag zu Ankäufen von ſolchen gegeben. Schließlich wurden die hoch aufgelaufnen Differenzen von dem Bankier wider ihn eingeklagt. Es lagen Briefe bei den Akten,

auch den kleinern Bankiers, die sich, lediglich um ihre Provision zu gewinnen, dazu hergeben, solche Ultimogeschäfte zu vermitteln, ja sogar mitunter durch ihre Ratschläge ihre Kunden zu solchen Geschäften verlocken und verleiten, dieses üble Gewerbe gelegt oder mindestens sehr erschwert werden. Sie würden genötigt sein, sich zu vergewissern, ob denn auch ihre Kunden wirklich das Vermögen zur Deckung ihrer oft wahnsinnigen Ankäufe besitzen; und wo dies nicht der Fall ist, wäre ein solcher Geschäftsbetrieb für sie selbst gefährlich. In jeder Beziehung würde sich also die neue Praxis als die größte Wohlthat unsers Verkehrslebens erweisen.

Kaum hat nun das Reichsgericht diesen neuen glücklichen Weg beschritten, so tritt ein hervorragendes Mitglied dieses Gerichts, Senatspräsident Dr. Wiener, auf und bekämpft wieder in einem öffentlichen Vortrage (der auch im Druck erschienen ist) die neue Praxis. Er erkennt zwar an, daß das Börsenspiel, namentlich das des kleinen Mannes, durchaus verderblich auf unsre Verhältnisse wirke, aber — juristisch sei die Sache doch sehr bedenklich.

Es ist recht schwer, bei der gewundnen und überlasteten Sprache, in der sich die Ausführungen Wieners bewegen, deren sachlichen Inhalt sich völlig klar zu machen. Für den größten Teil der Leser dieser Blätter würden sie kaum verständlich sein. Verstehe ich sie aber recht, so sagt Wiener un-

---

die ein trauriges Bild von dem zerstörten Familienglück des Mannes gaben. („Meine Frau geht händeringend in der Stube herum; die Kinder stehen weinend umher" u. s. w.) Schon damals als junger Mann konnte ich mich des Eindrucks nicht erwehren, daß es doch eigentlich eine Schmach unsers Rechtszustandes sei, daß der Staat einem solchen Geschäftsbetriebe seinen Schutz leihe. Übrigens konnte in diesem Falle dem Manne geholfen werden. Es ergab sich, daß der Bankier die als „gekauft" gemeldeten Aktien gar nicht wirklich angekauft, daß er vielmehr als Gegenspekulant gewirkt hatte. Dabei hatte er als anscheinend unbefangner Ratgeber seinem Kunden fortwährend zur Weiterspekulation zugeredet. In diesen Thatsachen fand das Gericht die Einrede arglistigen Handelns (exceptio doli) begründet.

gefähr folgendes. Die rechtliche Natur des Kaufs wird dadurch nicht beeinträchtigt, daß die Beteiligten nicht die für die Annahme oder Anschaffung der Ware nötigen Mittel haben. Wer eine an der Börse gehandelte Ware kauft, hat auch, wenn er nur die Differenz bezahlen kann, stets die Mittel, dem Verkäufer die Waren abzunehmen. Denn er braucht ja nur die Waren, vor oder nach dem Lieferungstermin, wieder an der Börse zu verkaufen, so hat er in dem Preise derselben, zusätzlich der Differenz, das Mittel, um seinen Verkäufer zu befriedigen. Und wenn der Käufer nicht in der Lage sein sollte, einen Dritten als Käufer ausfindig zu machen, so steht ihm doch nach der Entwicklung des Verkehrs der Händler oder Bankier selbst für den Abschluß des Deckungsgeschäfts zur Verfügung. Der Verkäufer übernimmt also die Waren zum Kurswerte, und der Käufer zahlt die Differenz. Dann ist das Geschäft „effektuiert." Der ungedeckte Teil des Kaufpreises wird durch Kompensation bezahlt. Darnach ist man nicht „im Wege logisch zwingender Folgerung" zu der Annahme genötigt, daß, weil der Käufer nicht die Mittel habe, die gekaufte Ware zu bezahlen, „nicht ein dem Kaufgeschäfte entsprechender Verpflichtungswille vorhanden gewesen sei." Nur dann, wenn eine „Simulation" vorgekommen sei, zufolge deren die Beteiligten statt eines Kaufes ein Differenzgeschäft zu schließen beabsichtigt haben, sei die Annahme eines solchen gestattet. „Ernstlicher Abschluß eines Kaufvertrags und Spielthätigkeit sind unvereinbare Gegensätze."

So ungefähr lauten die Ausführungen Wieners, wenn man sie in kurzes, gemeinverständliches Deutsch umzusetzen versucht. Ich halte sie für ein juristisches Spiel mit Worten. Mag immerhin dadurch, daß der Bankier die Papiere für seine Kunden als „angekauft und in Depot genommen" meldet, der Kunde „Eigentümer" der Papiere geworden sein, so ist doch dieses Eigentum, wirtschaftlich betrachtet, ohne alle Realität. Denn es haftet auf den Papieren der Preis, den der Bankier dafür zu fordern hat, und ohne Zahlung des

Preises giebt er sie nicht heraus. Kann nun der Spekulant diesen Preis nicht bezahlen, so kann doch in der Thatsache, daß nun der Bankier die Papiere für Rechnung des Spekulanten wieder verkauft und den Preis von dessen Schuld absetzt, unmöglich eine „Effektuierung" des Kaufes gefunden werden. Es ist nur eine Effektuierung ganz in dem Sinne des Komödienspiels, das überhaupt durch den fraglichen Geschäftsbetrieb unter dem Namen und in den Formen eines Kaufabschlusses getrieben wird. In der That sagt der Bankier, um den Schein des Kaufgeschäfts aufrecht zu halten, bei Eintritt des Lieferungstermins zu seinem Kunden: „Hier sind die Papiere! Willst du sie haben?" Muß nun darauf der Kunde antworten: „Du weißt ja, daß ich sie nicht haben will, weil ich sie gar nicht bezahlen kann," so ist doch damit sonnenklar erwiesen, daß der Kauf nur eine leere Form gewesen ist, unter der der Spekulant ein Geschäft abgeschlossen hat, das den einen oder den andern zum Bezug der Differenz berechtigen sollte. Das kann auch nicht dadurch geändert werden, daß der Bankier nun die Papiere „für Rechnung" seines Kunden verkauft.

Wenn Wiener zur Anfechtung von Geschäften der fraglichen Art nur den Nachweis einer „Simulation," d. h. eines Scheinvertrags gelten lassen will, so ist schwer zu sagen, was man sich darunter eigentlich denken soll. Müßten die Beteiligten etwa folgendermaßen gesprochen haben: „Wir wollen hier ein Kaufgeschäft abschließen, das aber eigentlich gar kein Kaufgeschäft, sondern nur ein Differenzgeschäft sein soll"? So etwas kommt im Leben nicht vor, und die Vertröstung des Geschädigten auf eine solche Einrede der „Simulation" würde stets ein leeres Wort bleiben. Nun sagt freilich Wiener: es solle nicht behauptet werden, daß „die Möglichkeit des Erkennens einer Einrede der Simulation aus den Umständen ausgeschlossen sei." Aber welche „Umstände" sollen denn eine solche erkennen lassen? In Wahrheit liegt bei einem solchen Geschäfte gar keine Simulation vor, und die Verweisung auf

diese leitet die Gerichte nur auf eine falsche Fährte. Die Beteiligten wollen den Kauf mit seinen juristischen Folgen ganz ernstlich; nur in den wirtschaftlichen Folgen des Geschäfts verfolgen sie einen andern Zweck. Die gekaufte Sache soll nicht geliefert, sondern statt dessen eine Entschädigung gezahlt werden, die sich genau nach den Regeln des Kaufgeschäfts richtet. Bei einer kursmäßig gehandelten Ware ist aber eine solche Entschädigung nichts andres, als die Zahlung eines Spielgewinnes.

Es ist Wiener auch nicht entgangen, daß man in neuerer Zeit erkannt habe, wie gewisse auf Täuschung gerichtete Geschäfte, deren Anfechtung man bisher unter den Gesichtspunkt der Simulation gebracht habe, richtiger nur aus dem Gesichtspunkt einer Umgehung des Gesetzes anzufechten seien. Aber auch diese Lehre ist bei ihm nicht bis zur praktischen Anschauung gediehen. Er kann sich nicht in sie hineindenken. Und deshalb weist er sie für den vorliegenden Fall aus nichtssagenden Gründen von sich ab. Es ist nicht richtig, wenn Wiener sagt, daß ein „ernstlich abgeschlossener Kaufvertrag" und ein Spielgeschäft unvereinbare Gegensätze seien. In der Form eines Kaufvertrags (der juristisch ernstlich gemeint ist) kann ein Rechtsgeschäft abgeschlossen werden, das im wirtschaftlichen Sinne nichts andres als ein Spielgeschäft ist, und auf das deshalb auch die Gerichte, wenn sie die Gesetze ihrem Sinne und Geiste nach anwenden wollen, die für das Spielgeschäft geltenden Regeln anzuwenden haben. Daß dies Wiener verkennt, beruht auf einem, freilich in der Juristenwelt weit verbreiteten Mangel des Sinnes für die Realität der Dinge.

Wiener selbst schlägt ein andres Mittel zur Unterdrückung der „böswilligen Ausschreitungen" des Börsenverkehrs vor. Es soll ein Strafgesetz nach Art des Wuchergesetzes erlassen werden, wonach der, der die Unerfahrenheit oder den Leichtsinn eines andern wissentlich und in gewinnsüchtiger Absicht durch Börsengeschäfte ausnutzt, mit Strafe belegt werden soll.

Der Nachweis dieser Voraussetzungen soll dann auch die zivilrechtliche Ungiltigkeit des Rechtsgeschäfts nach sich ziehen. Außerdem soll ein besonders leichtfertiger Geschäftsbetrieb bei Börsenmännern eine ehrengerichtliche Ahndung zur Folge haben. Es ist eine seltsame Erscheinung, daß Wiener, der sich als ein Gegner der Mißbräuche des Börsenspiels bekennt, das natürlichste und einfachste Mittel zu deren Unterdrückung eifrig bekämpft, dagegen ein viel energischeres Mittel vorschlägt, das nur den einen Fehler hat, daß es schwerlich zur Wirksamkeit kommen wird. Zunächst ist es sehr zweifelhaft, ob jemals ein solches Gesetz bei uns erlassen würde. Zwar soll in der Börsenenquetekommission ein derartiger Vorschlag angeregt worden sein, und im österreichischen Abgeordnetenhause hat man darnach auch schon einen solchen Vorschlag formuliert. Ob er aber Gesetz werden wird? Ich meinerseits würde einem solchen Gesetze nicht das Wort reden. Es ist überhaupt ein Fehler, mit strafrechtlichen Vorschriften da vorzugehen, wo schon zivilrechtlicher Schutz ausreicht. Würde aber ein solches Gesetz erlassen, so würde es doch wenig helfen, zunächst deshalb, weil schon seinem Wortlaute nach die große Mehrzahl der verderblichen Fälle des Börsenspiels nicht darunter fallen würde. Es würde aber auch nicht einmal seinem Wortlaute nach zur Anwendung kommen, weil die Voraussetzungen, die es fordert, zu schwer zu erweisen sind. Die Übertreibung, die in der Bedrohung mit Strafe liegt, würde sich dadurch rächen, daß die Gerichte um so bedenklicher in der Anwendung des Gesetzes sein würden. Auch nach Erlaß eines solchen Gesetzes würde also, nachdem der erste Schrecken vorübergegangen wäre, alles beim alten bleiben.

Wer sich bewußt ist, wie sehr im Laufe der letzten Jahrzehnte das Ansehen der Gerichte darunter gelitten hat, daß sie sich nur allzu häufig den wirklichen Lebensverhältnissen als entfremdet erweisen, der mußte die in dieser Angelegenheit sich heranbildende neue Praxis des Reichsgerichts, nicht zum wenigsten im Interesse der Justiz selbst, mit großer

Freude begrüßen. Da ist es denn wahrhaft schmerzlich, zu sehen, wie sich alsbald wieder eine Jurisprudenz dagegen stemmt, die vielleicht manchen geistreich erscheinen mag, die aber meiner Ansicht nach ohne innern Wert ist. Sollte sie durchdringen, so würde damit nur eine der schlimmsten Eiterbeulen unsers Verkehrslebens geschont werden.

Der Gesetzentwurf zur Bekämpfung unlautern Wettbewerbs

[Grenzboten 1895 I S. 157]

Im Reichsanzeiger ist der Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung des unlautern Wettbewerbs mit einer begründenden Denkschrift veröffentlicht und der allgemeinen Beurteilung unterbreitet worden. Der Gegenstand des Entwurfs ist schon früher vielfach öffentlich besprochen worden. Auch ich habe in den Grenzboten von 1893 Heft 32 (III, S. 241 f.) einen Aufsatz darüber veröffentlicht. Es ist anzuerkennen, daß der nun vorliegende Entwurf im allgemeinen mit Sorgfalt und Umsicht gearbeitet ist. In allem wesentlichen liegen ihm die Gedanken zu Grunde, die auch von mir ausgeführt worden sind. Einige Punkte, worin er von meinen Ansichten abweicht, sind von der Art, daß sich ja darüber streiten läßt, und deshalb will ich hier nicht nochmals darauf eingehen. Dagegen sind die §§ 6, 7 und 8 in einer Weise gestaltet, daß ich, wenn ich auch den in ihnen enthaltenen Grundgedanken vollkommen billige, doch Bedenken gegen sie geltend machen möchte.

§ 6 ist offenbar eine Fortsetzung des Gedankens, der bereits dem § 15 des Gesetzes vom 12. Mai 1894 zum Schutz der Warenbezeichnungen zu Grunde liegt. Dieser § 15 lautet:

Wer zum Zweck der Täuschung in Handel und Verkehr Waren oder deren Verpackung oder Umhüllung, oder Ankündigungen, Preislisten, Geschäftsbriefe, Empfehlungen, Rechnungen oder dergleichen mit einer Ausstattung, welche innerhalb be-

teiligter Verkehrskreise als Kennzeichen gleichartiger Waren eines andern gilt, ohne dessen Genehmigung versieht, oder wer zu dem gleichen Zweck derartig gekennzeichnete Waren in den Verkehr bringt oder feilhält, ist dem Verletzten zur Entschädigung verpflichtet und wird mit Geldstrafe von einhundert bis dreitausend Mark oder mit Gefängnis bis zu drei Monaten bestraft. Die Strafverfolgung tritt nur auf Antrag ein. Die Zurücknahme des Antrags ist zulässig.

In meinem Aufsatze habe ich diesem schon damals im Entwurfe vorliegenden Paragraphen gegenüber zu erwägen gegeben, daß ein Bedürfnis, die Vorschrift durch eine Strafandrohung zu schützen, nicht vorhanden sei; daß aber, wenn man nur einen zivilrechtlichen Schutz ausspreche, es für diesen gar nicht darauf ankomme, ob der, der die täuschende Bezeichnung vorgenommen hat, dabei die Absicht der Täuschung gehabt habe, daß es vielmehr genüge, daß die Bezeichnung objektiv zur Täuschung geeignet sei, um daran die Verpflichtung zu knüpfen, von der täuschenden Bezeichnung abzustehen; daß übrigens ein Bedürfnis, in dieser Richtung Schutz zu gewähren, sich nicht auf die täuschende Bezeichnung von Waren, Verpackungen u. s. w. beschränke, vielmehr sich auf alle Äußerlichkeiten des Geschäftsbetriebs erstrecke. Deshalb schlug ich vor, an die Stelle des § 15 folgende Bestimmung zu setzen:

Jeder Gewerbtreibende hat einen Anspruch darauf, daß nicht ein andrer Gewerbtreibender, der mit ihm in geschäftlichem Wettbewerb steht, in der äußern Gestaltung seines Geschäftsbetriebs Einrichtungen trifft, die geeignet sind, zu einer Verwechslung beider Geschäfte zu führen und dadurch die Kundschaft des einen dem andern zuzuwenden. Unterläßt auf die Aufforderung des einen Geschäftstreibenden der andre, eine derartige von ihm getroffne Einrichtung abzustellen, so kann der erste auf deren Abstellung und auf Ersatz des durch sie seit der Aufforderung ihm erwachsenen Schadens Klage erheben. Die Klage ist unzulässig, wenn der andre Gewerbtreibende die angeblich täuschende Einrichtung schon vor Jahresfrist getroffen und seitdem offen in Gebrauch gehabt hat.

Gleichwohl ist § 15 vom Reichstage angenommen und

inzwischen Gesetz geworden. Nun will der § 6 des neuen Entwurfs nachholen, was in dem § 15 nicht enthalten war. Dieser § 6 lautet:

Wer im geschäftlichen Verkehr einen Namen, eine Firma oder die besondre Bezeichnung eines Erwerbsgeschäfts in einer Weise benutzt, welche darauf berechnet und geeignet ist, Verwechslungen mit dem Namen, der Firma oder der Bezeichnung eines Erwerbsgeschäfts hervorzurufen, deren sich ein andrer befugterweise bedient, ist diesem zum Ersatze des Schadens verpflichtet. Auch kann der Anspruch auf Unterlassung der mißbräuchlichen Art der Benutzung geltend gemacht werden.

Mit „dem Namen, der Firma oder der besondern Bezeichnung eines Erwerbsgeschäfts“ in Verbindung mit dem, was im § 14 des frühern Gesetzes gesagt ist, kann man wohl die Äußerlichkeiten eines Geschäftsbetriebs, durch deren Wahl eine Verwechslung herbeigeführt werden kann, als ziemlich erschöpft ansehen, sodaß in dieser Beziehung der § 6 als Ergänzung des frühern § 15 genügen mag. Von dem § 15 unterscheidet sich der § 6 dadurch zu seinem Vorteil, daß darin die Strafandrohung weggeblieben ist. Trotzdem hat man aber auch hier wieder das Erfordernis aufgestellt, daß die angefochtne Bezeichnung nicht allein zur Verwechslung geeignet, sondern auch „darauf berechnet“ sein müsse. Damit wird aber ein ganz unnützer und noch dazu gehässiger Zug in den Streit hineingetragen, der den Prozeß sehr erschweren und leicht nutzlos machen kann. Gesetzt, der Richter spräche aus: „Allerdings ist die vom Verklagten gewählte Bezeichnung sehr geeignet, eine Verwechslung mit dem Geschäfte des Klägers herbeizuführen. Aber es ist nicht erwiesen, daß sie darauf berechnet gewesen sei. Deshalb wird der Kläger abgewiesen.“ Dann darf der Verklagte die täuschende Bezeichnung beibehalten, und der Kläger muß dazu noch die Kosten bezahlen. Entspricht das wohl dem Zweck der Sache?

Nur ließe sich etwa die Frage stellen, ob nicht böse Absicht oder wenigstens ein Verschulden nötig sei, um den

Verklagten für schadenersatzpflichtig zu halten. Auf diesen Schadenersatz wird es aber oft dem Kläger gar nicht oder doch viel weniger ankommen, als darauf, daß der Verklagte nicht mehr von der täuschenden Bezeichnung Gebrauch macht. Überdies läßt sich auch jenem Bedenken damit begegnen, daß man die Klage überhaupt an eine von seiten des Klägers zu stellende Aufforderung zur Beseitigung der täuschenden Bezeichnung knüpft. Diese Beschränkung empfiehlt sich noch aus einem andern Grunde. Die Frage, ob eine gewählte Bezeichnung den Interessen eines andern Gewerbtreibenden zu nahe trete, wird mitunter recht zweifelhaft sein, und Prozesse dieser Art werden deshalb leicht einen gehässigen Charakter annehmen. Knüpft man nun den Prozeß an eine Aufforderung zur Beseitigung der angeblich verletzenden Bezeichnung, so kann dies dazu dienen, solche Prozesse im Keime zu ersticken. Von dem Zeitpunkt dieser Aufforderung an könnte man dann auch, wenn sie unbefolgt bliebe, unbedenklich die Schadenersatzpflicht eintreten lassen. Darnach würde sich der § 6 etwa folgendermaßen gestalten:

Wer im geschäftlichen Verkehr einen Namen, eine Firma oder die besondre Bezeichnung eines Erwerbsgeschäfts in einer Weise benutzt, die geeignet ist, Verwechslungen mit dem Namen, der Firma oder der Bezeichnung eines Erwerbsgeschäfts hervorzurufen, deren sich ein andrer befugterweise bedient, hat auf Verlangen des letztern diese Benutzung einzustellen. Kommt er der darauf gerichteten Aufforderung des andern nicht nach, so kann dieser auf Unterlassung der mißbräuchlichen Benutzung Klage erheben, auch Ersatz des ihm vom Zeitpunkte der Aufforderung an entstandnen Schadens beanspruchen.

Noch sei wiederholt auch auf die Frage hingewiesen, ob es sich nicht empfehle, die Verfolgbarkeit eines solchen Anspruchs auf eine kurze Zeit zu beschränken. Hat jemand schon jahrelang eine gewisse Bezeichnung geführt, ohne daß der andre dagegen Einspruch erhoben hat, so wird es stets etwas sehr gehässiges haben, wenn dieser erst jetzt geltend

macht, daß er die Bezeichnung nicht zu dulden brauche, und wenn er dann gar noch für die ganze lange Zeit, wo der andre die Bezeichnung unangefochten geführt hat, Entschädigung beanspruchen dürfte. Man muß Ansprüche, die auf bloßer Billigkeit (aequitas) beruhen, nicht übertreiben.

Der neue Entwurf hat auch den Schutz wider Verrat von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen durch Gehilfen des Geschäfts in seinen Bereich gezogen, einen Gegenstand, den auch ich in meinem Aufsatz als wünschenswert bezeichnet, aber da er nicht zum unlautern Wettbetrieb im eigentlichen Sinne gehört, nicht näher behandelt habe. Der § 7 des Entwurfs lautet:

Wer Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse, die ihm als Angestellten, Arbeiter oder Lehrling eines Geschäftsbetriebs vermöge des Dienstverhältnisses anvertraut oder sonst zugänglich geworden sind, vor Ablauf von zwei Jahren seit Beendigung des Dienstverhältnisses zu Zwecken des Wettbewerbs mit jenem Geschäftsbetriebe unbefugt an andre mitteilt oder anderweit verwertet, wird mit Geldstrafe bis zu dreitausend Mark oder mit Gefängnis bis zu einem Jahre bestraft und ist zum Ersatz des entstandnen Schadens verpflichtet.

In dieser Bestimmung glaube ich drei Punkte beanstanden zu müssen: 1. daß darin völlig dahingestellt bleibt, was der Gehilfe (unter dieser Bezeichnung bitte ich Angestellte, Arbeiter und Lehrlinge des Geschäfts als zusammengefaßt zu betrachten) als Geschäfts- und Betriebsgeheimnis anzusehen habe; 2. daß nicht allein die Mitteilung der Geheimnisse an Dritte, sondern auch die „anderweite (also eigne) Verwertung" der Geheimnisse mit Strafe und Verpflichtung zum Schadenersatze bedroht wird; 3. daß die Verpflichtung, die Geheimnisse zu bewahren, auf die Zeit von zwei Jahren nach dem Dienstaustritt beschränkt sein soll.

Mitteilsamkeit liegt in der Natur unzähliger Menschen. Da liegt es ihnen nun am nächsten, das zu besprechen, was sie täglich beschäftigt. Daher werden Gehilfen leicht über Dinge sprechen, die in ihrem Geschäft vorkommen. Was

hiervon im Interesse des Geschäfts geheim zu halten sei, wird für sie, zumal bei geringerm Bildungsgrade, oft schwer zu erkennen sein. Wie kann ein Arbeiter immer wissen, was in dem Betriebe seines Geschäftes dergestalt eine Spezialität ist, daß kein Dritter davon erfahren darf? Noch zweifelhafter kann es werden, was ein „Geschäftsgeheimnis“ sei; wie denn auch die Denkschrift selbst die Frage erörtert, ob überhaupt „Geschäftsgeheimnisse“ anzuerkennen seien. Ich halte es hiernach für eine Notwendigkeit, daß den Personen, die man zur Geheimhaltung verpflichten will, klar gemacht werde, daß und worüber sie Stillschweigen zu beobachten haben. Auch der Richter kann in arge Verlegenheit kommen, wenn er ohne jeden Anhalt darüber entscheiden soll, was der Gehilfe zu verschweigen sich hätte verpflichtet fühlen müssen.

Mir steht dabei ein geschichtlicher Vorgang vor Augen. In dem frühern Kurhessen bestand (wie wohl in den meisten deutschen Ländern) kein Gesetz zum Schutz gegen Verrat von Fabrikgeheimnissen. Aber das Leben half sich. Es war eine, wenn auch nicht gerade häufig, doch mitunter angewandte Praxis, daß der Fabrikherr seine Arbeiter bei Gericht stellte und sie auf Geheimhaltung gewisser Punkte des Fabrikbetriebs vereidigen ließ. Damit war es für die Arbeiter klar, daß und worüber sie zu schweigen hatten. Es war ihnen durch den Eid das Gewissen geschärft; und wenn sie die Geheimnisse verrieten, so konnten sie wegen Eidbruchs gestraft werden.

Nun wird man wohl jetzt nicht auf eine solche Vereidigung zurückkommen wollen. Aber es giebt ein einfacheres Mittel, den Zweck jenes Eides annähernd zu erreichen. Der Geschäftsherr stellt über das, was geheim gehalten werden soll, eine Urkunde auf und läßt sie von seinem Gehilfen unterzeichnen. Dann giebt die Urkunde einen festen Anhalt dafür, was der Gehilfe geheimzuhalten verpflichtet ist. Gegen die Verletzung der in dieser Urkunde angelobten Pflicht der

Verschwiegenheit ist dann die Androhung einer Strafe und der Verpflichtung zum Schadenersatz zu richten. Daß der Geschäftsherr eine solche Urkunde aufstelle, ist auch nicht zu viel von ihm verlangt. Er muß doch am besten wissen, worüber er in seinem Geschäfte Stillschweigen gewahrt haben will. Bei manchen Arten von Geschäften wird wohl auch bald ein herkömmliches Formular für eine solche Urkunde in Übung kommen, sodaß deren Aufstellung keine besondre Schwierigkeit machen würde.

Das, was man hiernach von dem Verpflichteten verlangen kann, ist, daß er Dritten von den als geheim bezeichneten Dingen keine Mitteilung macht. Eine ganz andre Frage ist, ob man von ihm auch ohne weiteres verlangen könne, daß er diese Dinge auch für sich selbst nicht verwerte. Die Frage kommt namentlich in Betracht, wenn ein Angestellter oder Lehrling später ein eignes Geschäft anfängt oder als Geschäftsleiter in das Geschäft eines Dritten eintritt. Soll er da verhindert sein, das, was er in dem Geschäft, dem er früher angehörte, gesehen und gelernt hat, auch in dem nun von ihm selbst betriebnen oder geleiteten Geschäft anzuwenden? Ich halte es, menschlich betrachtet, für geradezu unmöglich, das von ihm zu verlangen. Die Denkschrift führt als Beispiele zu wahrender Betriebsgeheimnisse an, wenn in einem Geschäfte durch eine besondre Mischung der Zuthaten oder durch Wahl gewisser Temperaturgrade eine besonders gute Ware hergestellt werde. Soll nun der frühere Gehilfe diese Art der Mischung oder diese Temperaturgrade in seinem eignen Geschäfte nicht anwenden dürfen? Er könnte ja selbst die Sache ausprobieren und auf diese Art der Mischung oder auf diese Temperaturgrade als die besten kommen. Wird man nun sagen: Nein, das darf er nicht, denn er verwertet damit ein Geheimnis seines frühern Geschäftsherrn? Ebenso ist es mit Geschäftsgeheimnissen. Als ein Hauptfall des Verrats auf diesem Gebiete wird angeführt, daß ein Gehilfe die Kunden seines Geschäftsherrn einem Dritten mitteilt und

diesem dadurch Gelegenheit giebt, sie jenem abspenstig zu machen. Die Denkschrift selbst aber erkennt an, daß das Verbot eigner Verwertung hier nicht durchführbar ist. Denn ein Geschäftsreisender soll nicht gehindert sein, die Kunden, die er im Dienste des einen aufgesucht und kennen gelernt hat, später auch im Dienste eines andern aufzusuchen und Waren an sie abzusetzen. Aber worin liegt denn der Unterschied dieses Falles von dem andern, daß ein früherer Gehilfe, der sich selbständig gemacht hat, mit Kunden seines frühern Geschäftsherrn Geschäftsverbindungen anknüpft? Soll ein Buchhändler gehindert sein, einem Manne, den er, während er Gehilfe in einem andern Geschäfte war, als eifrigen Bücherkäufer kennen gelernt hat, auch seinerseits Bücher zur Einsicht zuzuschicken, und soll er, wenn dieser die Bücher behält, als Verwerter fremden Geschäftsgeheimnisses bestraft und zum Schadenersatz verurteilt werden? So etwas ist doch ganz unmöglich.

Es ist aber auch gar kein Bedürfnis vorhanden, so weit zu gehen. Die Praxis des Lebens hat längst ein Mittel gefunden, der eignen Verwertung von Geschäftsgeheimnissen durch Gehilfen zu begegnen. Geschäftsherren, die glauben, daß ihnen auf diese Weise geschadet werden könne, lassen sich von ihren Gehilfen das Versprechen geben, nach ihrem Austritt aus dem Geschäft innerhalb eines gewissen Umkreises und in gewisser Zeit kein gleiches oder ähnliches Geschäft zu gründen oder in ein solches einzutreten, und lassen dieses Versprechen durch Zusicherung einer Konventionalstrafe befestigen. Stets haben die Gerichte solche Verträge, wenn sie nur nicht die gesamte Geschäftsthätigkeit eines Menschen lahm legen, für bindend erachtet. Hat sich der Geschäftsherr so vorgesehen, so ist er dagegen gesichert, daß seine Gehilfen seine Geheimnisse selbst verwerten. Hat er es aber unterlassen, so kann er sich auch nicht darüber beklagen, wenn seine Gehilfen das, was sie bei ihm gesehen und gelernt haben, für sich selbst anwenden.

Beschränkt man auf diese Weise die Pflicht zur Geheimhaltung, und giebt man dieser Pflicht durch eine zu unterzeichnende Urkunde einen festen Halt, so bedarf es auch nicht der im Entwurf vorgeschlagnen Schranke, daß diese Pflicht nur zwei Jahre lang nach dem Dienstaustritte bestehen soll. Diese Zeit ist zu kurz, die hier obwaltenden Interessen zu sichern. Ein Konkurrent braucht nur einen Arbeiter, der die Geheimnisse seines Geschäfts kennt, zu veranlassen, das Geschäft zu verlassen; dann kann ihm der Arbeiter nach Ablauf von zwei Jahren alle Geheimnisse verraten. Der Inhaber des andern Geschäfts kann dadurch sehr empfindlich berührt werden. Verstehen doch manche Geschäfte, ihre Betriebsgeheimnisse lange Jahre für sich zu behalten. Will man überhaupt eine Zeitschranke, so müßte sie jedenfalls viel weiter (etwa auf zehn Jahre) gegriffen werden.

Hiernach würde der § 7 etwa in folgender Weise zu gestalten sein:

Der Inhaber eines Erwerbsgeschäftes kann die bei ihm in Dienst stehenden Angestellten, Arbeiter und Lehrlinge sich verpflichten lassen, die ihnen bekannt gewordnen Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse nicht andern mitzuteilen. Die Verpflichtung hat zu geschehen durch Unterzeichnung einer Urkunde, in der die Gegenstände der Geheimhaltung bestimmt angegeben sind. Dem Unterzeichner der Urkunde ist eine Abschrift derselben zuzustellen. Wer im Widerspruch mit der übernommnen Verpflichtung Geheimnisse des Geschäfts andern, die davon für den Wettbewerb Gebrauch machen können, mitteilt, wird mit Geldstrafe bis zu 3000 Mark (u. s. w. wie in § 7).

§ 8 des Entwurfs lautet:

Wer es unternimmt, einen andern zu einer Zuwiderhandlung gegen die Vorschrift unter § 7 zu verleiten, wird mit Geldstrafe bis zu 1500 Mark oder mit Gefängnis bis zu sechs Monaten bestraft.

Nach der Denkschrift soll hiermit nur die Strafbarkeit des Versuchs ausgesprochen sein, während die Strafbarkeit der vollendeten Verleitung schon aus § 7 in Verbindung mit § 48 des Strafgesetzbuchs abgeleitet werden soll. Ich würde

es theoretisch und praktisch für richtiger halten, wenn die Verleitung als selbständiges Vergehen hingestellt und bezüglich des Versuchs die Sprache des Strafgesetzbuchs eingehalten würde. Dabei möchte ich vorschlagen, dem Paragraphen noch einen Zusatz zu geben, der da, wo eine eigentliche Verleitung nicht nachzuweisen ist, doch praktisch das Richtige treffen würde. § 8 wäre hiernach etwa so zu fassen:

Gleicher Strafe und gleicher Verpflichtung unterliegt der, der einen zur Geheimhaltung Verpflichteten zum Bruch des Geheimnisses verleitet. Auch der Versuch der Verleitung ist strafbar. Als Verleiter ist auch anzusehen, wer einen solchen, der ihm Geheimnisse eines andern Geschäfts verraten hat, dafür belohnt oder in seinen Dienst nimmt.

Ex. Off. Lib.

Im Verlage von Fr. Wilh. Grunow in Leipzig sind von Reichsgerichtsrat Dr. O. Bähr noch folgende Schriften erschienen:

Das bürgerliche Gesetzbuch
und die Zukunft der deutschen Rechtsprechung
Preis 50 Pfennige

Die Justizorganisation von 1879
in ministerieller Beleuchtung
Preis 50 Pfennige

Zur Frage des bürgerlichen Gesetzbuches
Preis 40 Pfennige

Gesellschaften mit beschränkter Haftung
Preis 50 Pfennige

Das Börsenspiel
nach den Protokollen der Börsenkommission
Preis 1 Mark

Eine deutsche Stadt vor 60 Jahren
Kulturgeschichtliche Skizze
Zweite, neubearbeitete Auflage
Preis broschiert 3 Mark, in Leinwandband 4 Mark 25 Pfge.,
in Halbfranzband 5 Mark 50 Pfge.

Verlag von Fr. Wilh. Grunow in Leipzig

Die Grenzboten

Zeitschrift für Politik, Litteratur und Kunst

54. Jahrgang, 1895

Wöchentlich ein Heft. Preis für das Vierteljahr 9 Mark

Die Grenzboten sind die älteste und angesehenste aller jetzt bestehenden deutschen Zeitschriften. Als Wochenschrift geschützt vor der Hast, Überstürzung und Verfrühung der Tagespresse, brauchen sie doch nicht, wie Monatsschriften, auf alle sogenannte Aktualität zu verzichten; die Grenzboten sind so aktuell, wie es eine Wochenschrift nur sein kann. Dabei sind Gewissenhaftigkeit, Gründlichkeit und Zuverlässigkeit in der Sache, Sorgfalt in der Form, Klarheit und Schönheit in der Darstellung Forderungen, die sie unerbittlich an sich selbst und an alle ihre Mitarbeiter stellen. Aber während das Vorzüge sind, die jede andre Wochenschrift auch aufweisen könnte und sollte, stehen die Grenzboten durch einen Vorzug einzig in ihrer Art da: durch ihre völlige Unabhängigkeit. Sie sind vor allem auf keine politische Partei eingeschworen. Wer sie nur aus der Tagespresse kennt, könnte sie bald für liberal, bald für konservativ, bald für regierungsfreundlich, bald für oppositionell, bald für sozialistisch, bald für antisemitisch halten. Wer sie regelmäßig liest, weiß, daß sie nichts von alledem oder alles zugleich sind, weil es ihnen immer und überall um die Sache zu thun ist. Erscheint ihnen die Sache gut und richtig, für unser Volk ersprießlich und notwendig, so treten sie ebenso warm dafür ein, wie sie eifrig dagegen kämpfen, wenn sie ihnen gefährlich oder verwerflich erscheint. Nicht Parteipolitik, sondern Realpolitik in echt Bismarckschem Sinne wollen sie treiben. Und wie auf dem politischen Gebiete, so halten sie es auf allen andern Lebensgebieten, die sie in den Kreis ihrer Betrachtung ziehen. Auf dem der Volkswirtschaft oder der Rechtspflege, der Kirche oder der Schule, der Geistes- oder der Erfahrungswissenschaften, der schönen Litteratur oder der Künste stehen sie, wie in der Politik, allem Parteitreiben, allem Cliquenwesen, allen Schulmeinungen fern; sie haben auf niemand Rücksicht zu nehmen, sie haben nach allen Seiten hin freie Hand, und so ist es ihnen unverwehrt, auch hier die Sache stets über alles andre zu stellen. Sie sind einzig und allein bemüht, dem Vernünftigen gegen das Unvernünftige, der Wahrheit gegen den Schein, der bescheidnen, aber echten Größe gegen die aufdringlichen Tagesgötzen, dem guten Geschmack gegen die Narrheit der Mode, allem Hohen und Edeln, allem, was deutsch und des Deutschen würdig ist, gegen niedrige, unsers Volkes unwürdige, materialistische Strömungen zum Siege und zur Anerkennung zu verhelfen.

Es giebt keine zweite Zeitschrift, die mit solchem Ernst und Freimut die Fragen und Erscheinungen unsrer Tage bespricht, wie die Grenzboten. Deshalb sollte sie jeder lesen, insbesondre jeder, der an den größten und schwierigsten Aufgaben unsers Volkes und unsrer Zeit, den sozialen und den wirtschaftlichen, Anteil nimmt; über sie Aufklärung zu verbreiten und damit zu ihrer Lösung beizutragen, sind die Grenzboten seit Jahren bemüht gewesen und werden sie auch in Zukunft für eine ihrer Hauptaufgaben betrachten.

Druck von Carl Marquart in Leipzig